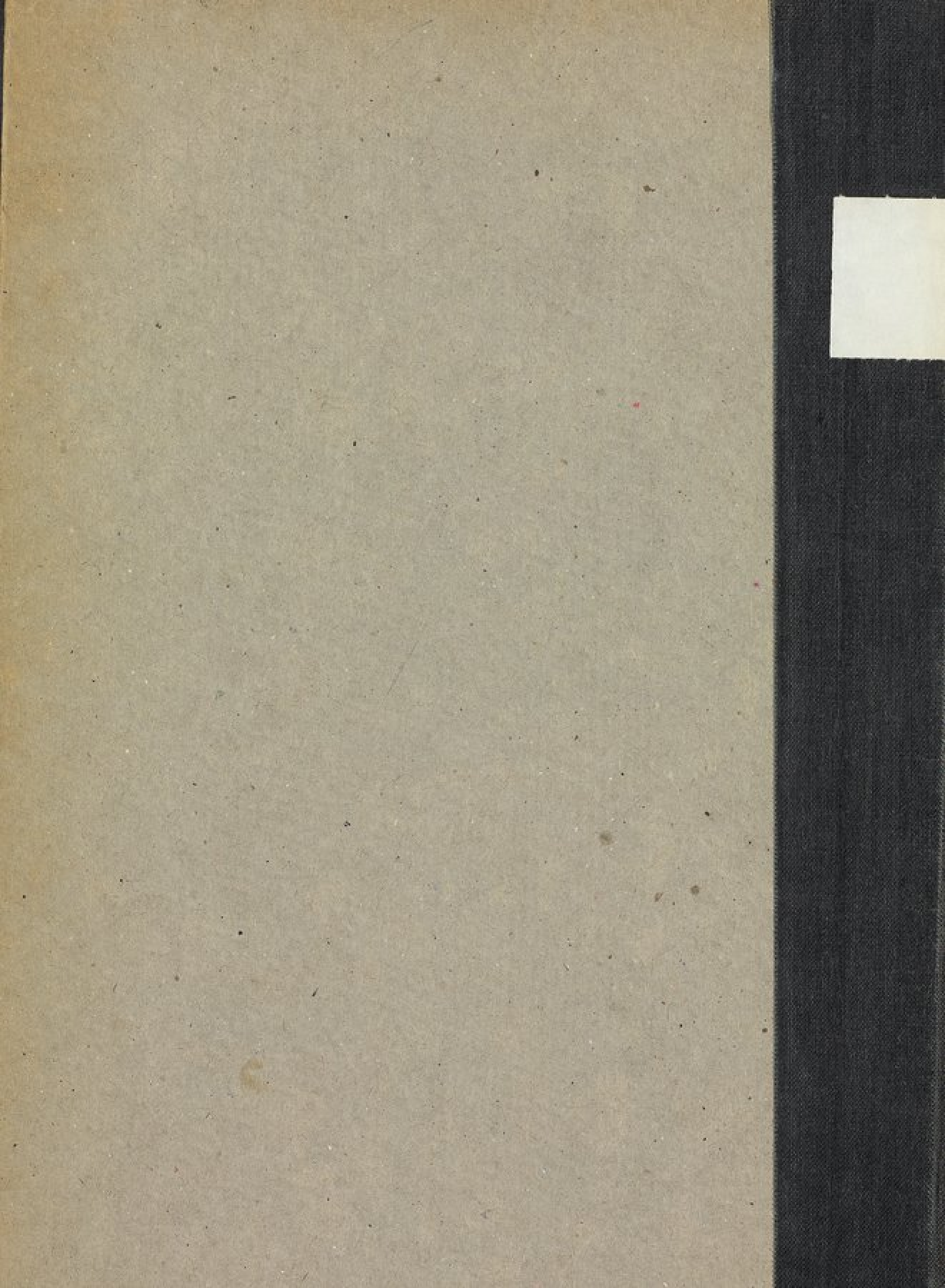
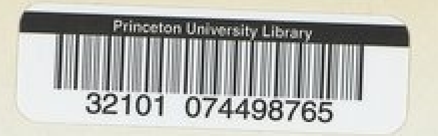


DATE	ISSUED TO

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE


Princeton University Library
32101 074498765

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق
مدرس في جامعة دمشق

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

بحث مقارن

(٢)

تقديم

الدكتور مصطفى السباعي

وكيل كلية الشريعة
ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه
في جامعة دمشق

رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة

مطبعة جامعة دمشق

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق
مدرس في جامعة دمشق
مجاز من معهد الشريعة الاسلامية
للدراسات العليا بجامعة القاهرة
دبلوم في العلوم القانونية
شهادة اختصاص في الحقوق الخاصة

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

بحث مقارن

(٢)

تقديم

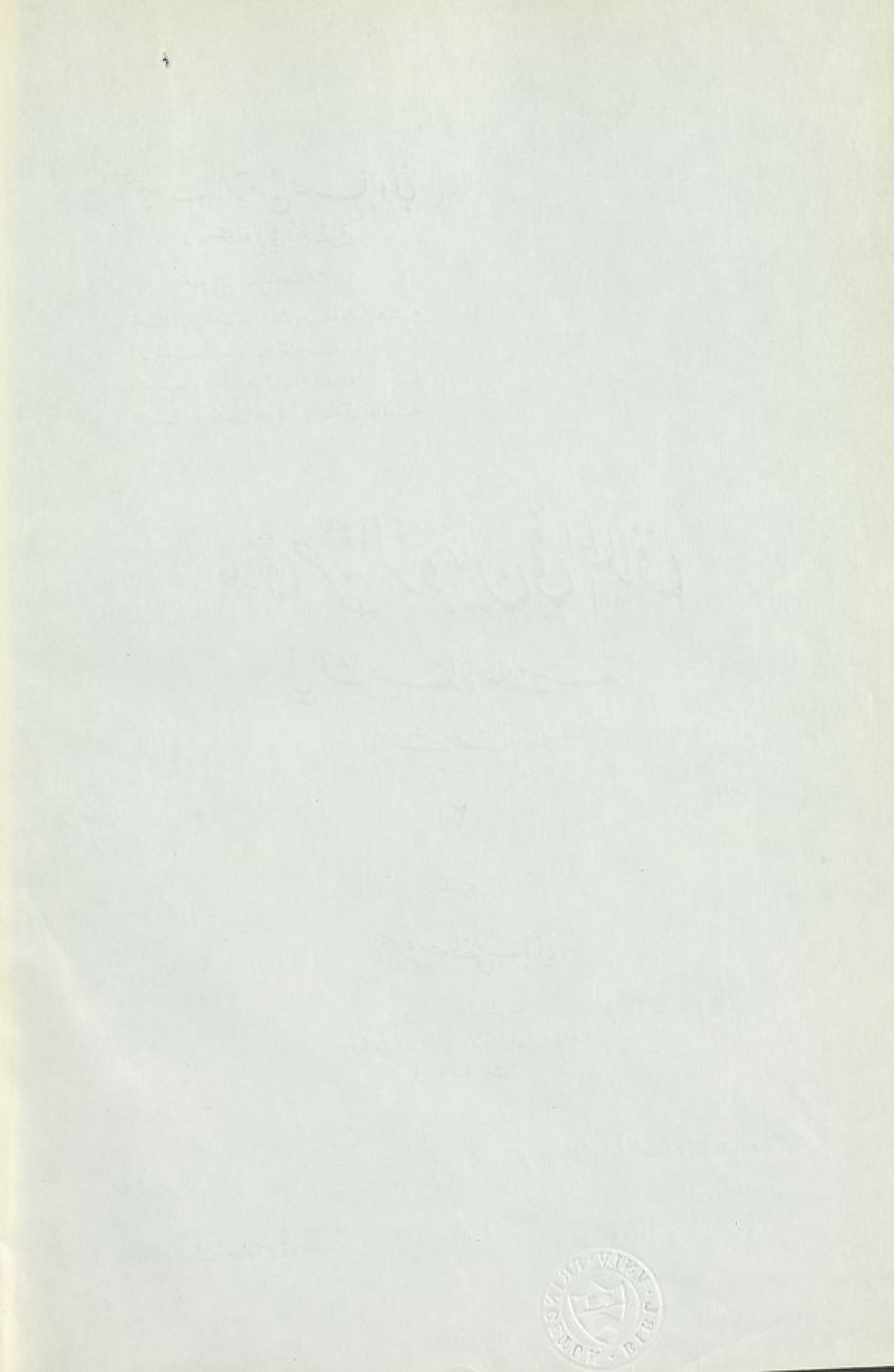
الدكتور مصطفى السباعي

وكيل كلية الشريعة
ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه
في جامعة دمشق

رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة

مطبعة جامعة دمشق

١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م



الباب الثالث

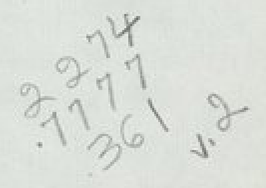
الطلاق باتفاق الزوجين

وهو يتضمن

الفصل الاول: الخلع في الشريعة الاسلامية

الفصل الثاني : الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

الفصل الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية المعاصرة



تمهيد

يتم الزواج بايجاب وقبول من الزوجين . والاصل في كل عقد تم بإرادتين ان ينتهي كذلك اذا ما اتفق المتعاقدان على انهاء ما تعاقدا عليه .

اما الزواج فهو وان كان عقدا ولكنه ليس كسائر العقود لما له من صفة قدسية حتى ان بعض الامم والشرائع لا تسميه عقدا بل نظاماً له قوانينه وتشريعاته الخاصة .

والاسلام وقد جعل الاصل في انهاء الحياة الزوجية هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة لم يغفل جانب المرأة في هذا الموضوع الخطير التي يتصل بحياة المرأة كما اعطى للقاضي هذا الحق لان الحياة الزوجية تتصل بكيان الاسرة نواة المجتمع التي تتكون من مجموعاته الامة .

وفضلا عن ذلك كله فقد اباح الاسلام للزوجين اذا ما اتفقا على انهاء الحياة الزوجية بينهما على ان تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما ساقه اليها من مهر – على ماذهب اليه بعض الفقهاء – حينئذ اباح له ذلك لئلا يتضرر بما دفعه وتكبد من نفقات .

ولا يرد على هذا النظام الاسلامي اعتراض مفاده ان الزواج طالما تم بارادتين فيجب كذلك ودائماً ان ينتهي باتفاق بين الرجل والمرأة ، والجواب على هذا أننا لو حصرنا حق الانفصال بين الزوجين بهذا الشكل وتعنت احد

الطرفين وغالباً ما يفعل ذلك اضرارا بزوجه الآخر الذي لم يلجأ الى طلبه الا وهو في حالة الشقاق والخصام فلا يتحقق طلاق ابدا .

ولهذا جاء الاسلام فجعل الاصل ان يكون الطلاق بيد الرجل واعطاه للمرأة في ظروف معينة سبق ان اشرنا اليها كما اعطى القاضي حق التفريق في حالات خاصة ثم اباح للزوجين ان ينهيا حياتهما الزوجية باتفاقهما .

* * *

الفصل الأول

الخلع في الشريعة الاسلامية

المبحث الاول

حقيقة الخلع ومشروعيته

تعريف الخلع :

قلنا أن الفرقة بين الزوجين في الشريعة الاسلامية تكون باشكال مختلفة فتارة تكون بارادة الرجل وتارة تكون بحكم الشرع وتارة تكون بحكم القاضي وتارة تكون باتفاق بين الزوج وزوجته وفي هذه الحالة تسمى الفرقة بالخلع .

فما هو الخلع ؟

الخلع لغة : الازالة . يقال خلع الرجل ثوبه خلعاً (بفتح الخاء) أي إزالة عن جسده .

وخلع الرجل زوجته خلعاً (بضم الخاء) أي ازال عصمتها . أو هو انهاء عقد الزواج على بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

والخلع شرعاً :

إزالة عقد النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع او مافي معناه .

وقد عرفه الفقهاء بتعريفات شتى نذكر منها : —

تعريف ابن نجيم من الاحناف في البحر الرائق [١] :

« إزالة ملك النكاح المتوقفه على قبولها بلفظ الخلع أو مافي معناه » .

تعريف النووي من الشافعية في المنهاج [٢] :

« فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع [٣] » .

تعريف منصور البهوتي من الحنابلة في كشاف القناع [٤] :

«فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته او غيرها بألفاظ مخصوصه» .

تعريف الشهيد العاملي من الجعفرية في الروضة البهية [٥] :

«الطلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج..»

وعرفه صاحب الجواهر بإنه إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة و كراهة منها له خاصة بدون العكس .

تعريف خليل من المالكية في مختصره [٦] : « الطلاق بعوض » .

---

(١) البحر الرائق ٤/٧٧ وفي الزيلعي ٢/٢٦٧ : اخذ المال بأزاء ملك النكاح بلفظ الخلع وعرفه ابن الهمام في الفتح ٣/٢٠٠ إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع » .

وراجع تعريف الحصكفي في الدر ١/٣٩٥ فانه يشبه تعريف البحر —

وقال في الجوهرة ٢/٥٩ عقد بين الزوجين المال فيه من المرأة تبذله فيخلعها او يطلقها .

(٢) نهاية المحتاج ٦/٤٧ .

(٣) وقد زاد الرملي في شرحه : بعوض مقصود راجع لجهة الزوج — المصدر السابق وعرفه ابن حجر في الفتح الباري ٤/٣٢٦ فراق الرجل زوجته ببدل قابل للعوض يحصل لجهة الزوج .

(٤) ومثله في الإنصاف ٨/٣٨٢ ومنتهى الإرادات ٣/١٨٤ و كشاف القناع ٥/١٦٧ .

(٥) الروضة البهية ٢/١٦٣ .

(٦) حاشية الدسوقي ٢/٠٦ ؛ وقال الدردير تعليقاً على تعريف خليل « هذا هو الاصل فيه=

تعريف ابن حزم من الظاهرية في المحلى [١] :
هو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لاتوفيه حقه او خافت أن يبغضها فلا يوفيهـا حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها ان رضي هو والا لم يجبر هو ولاجبرت هي إنما يجوز بتراضيهما» .

تعريف الشوكاني في نيل الأوطار [٢] : « فراق الرجـل زوجته ببدل يحصل له » .

تعريف اطفيش من الإباضية في شرح النيل [٣] : « فرقة بين الزوجين بردها اليه صداقها وقبوله اياه » .

• • •

التعريف الذي نضعه للخلع :

الخلع هو انهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين او بحكم القاضي على ان تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز مادفعه اليها من مهر .

وقد راعينا في وضعنا هذا التعريف عدة امور :

١ – ان الخلع قد يكون بطلب من الزوجة او من الزوج .

٢ – وقد يتم بالتراضي بين الزوجين والا كان بحكم القاضي .

=وقد يكون بلا عوض اذا كان بلفظ الخلع بدون عوض والجواب اه تعريف لأحد نوعي الخلع وترك تعريف النوع الآخر لكونه بديهياً » .

اما انا فأرجح ان عدم ذكر (خليل الخلع بلا عوض) في تعريفه لا للأسباب التي ذكرها الدردير والدسوقي بل لان في مذهب مالك خلافاً حول هذا الموضوع فأشهب ينقل عن مالك ان الخلع لا يكون إلا بعوض فحسماً للنزاع اقتصر في تعريفه على ذلك . ويؤيد ذلك تعريف ابن رشد في المقدمات ١٠٧/٢ – الخلع : بذل جميع المال على الطلاق .

(١) المحلى ٢٣٥/١٠ .

(٢) نيل الاوطار ٢٤٧/٦ .

(٣) شرح النيل ٤٨٠/٣ .

٣ ـ لابد فيه من عوض تدفعه الزوجة لزوجها وإلا كان طلاقاً .

٤ ـ يجب ان لايتجاوز ما تدفعه الزوجة لقاء ذلك مقدار مهرها لئلا يتعسف الزوج في قبوله .

٥ ـ ولم نتعرض فى تعريفنا لأثر الخلع وهل هو فسخ ام طلاق نظراً للخلاف القائم وسيأتي تفصيل ذلك[١] .

• • •

---

(١) ويلاحظ ان بعض هذه الامور مختلف فيها بين الفقهاء انما وضعتها حسب المنهج الذي اخترته ورجحته في بحثي الخلع .

مصدر الخلع

جاءت أحكام الخلع في القرآن والسنة وانعقد الاجماع على ذلك .

١ - القرآن الكريم :

أما القرآن : فقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع واستنبطوا القواعد الفقهية التي سوف نتناولها بالشرح في هذا البحث ، ومما يجدر ذكره ان الآية التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية التي جاءت بأحكام الخلع . قال الله تعالى [١] :

« الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما اتيتموهن شيئاً ، إلا ان يخافا الايقيما حدود الله ، فان خفتم ألايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله ، ومن يتعدّ حدود الله فأولئك هم الظالمون » .

بعد ان ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما امساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ذكر الله تعالى أن أخذ المال من الزوجة مما اعطاها محرم ، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي : إذا ما خشي الزوجان عدم اقامة حدود الله فيما بينهما ، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها أو مع زوجها . ففي هذه الحال التي يحصل فيها الشقاق بين الزوجين لعدم حب أحدهما الآخر أو سوء خلقه او سلوكه او ارتكابه فاحشة مثلاً فأصبحت الحياة بينهما لا يراعى فيها أحكام الله التي شرعها للزوجين ، في هذه الحال يجوز للزوج ان يأخذ من زوجته مالاً ليطلقها . ويسمى هذا بالخلع كما جاءت السنة النبوية بتطبيقه وشرح مجمله .

---

(١) سوره البقرة الآية ٢٢٩ .

وهناك آيات اخرى جاءت ببعض أحكام الخلع :

قال الله تعالى :[1]

«وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلاتأخذوا منه شيئاً ، اتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً» .

وهذه الآية تمنع الزوج ان يأخذ مالا من زوجته ليطلقها اذا كان النشوز من جانبه بدليل قوله تعالى :وان اردتم استبدال ... فالخطاب للزوج ومعناه : اذا رغب الزوج أن يستبدل زوجه او ان يتزوج زوجة اخرى فلا يظلم زوجته الاولى حتى تفتدي نفسها فيطلقها .

وقال الله تعالى :[2]

وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير ..

وقال تعالى: ان يتفرقا يغن الله كلًا من سعته .[3]

أي ان امرأة خافت من زوجها اعراضاً أو نفوراً او كراهة بها او حباً لغيرها ،فلااثم عليها في هذه الحالة ان يصلح بينهما والصلح خير ، أي خير من الفراق[4] : ولم يذكر الفراق ولكن إذا لم يتم الصلح فلابد من الفراق لتعذر استمرار الحياة بين زوجين لايقيمان حدود الله في معاشرتها .

* * *

---

(١) سورة النساء آية ٢٠

(٢) سورة النساء آية ١٢٨

(٣) سورة النساء آية ١٣٠

جاء في تفسير القاسمي ٥/١٥٩٣ : قال بعض مفسري الزيدية : وفي هذه الآية حث على الصبر على نفس الصحبة لقوله تعالى : والصلح خير اي خير من الفرقة وسوءالعشرة .

وقال القاسمي في قوله تعالى : وإن يتفرقا يغن الله كلًا من سعته . فيه زجر لهما عن المفارقة رغماً لصاحبه وتسليه لها بعد الطلاق ٥/١٦٠٠ .

دعوى نسخ الخلع :

قال ابو عبد الله بكر بن عبد الله المزني ان الخلع لا يجوز لان اية الخلع فان خفتم الا يقيما حدود الله ... منسوخة بآية : وان أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً [1].

جاء في تسفير الطبري [2] - عن عقبة بن ابي الصهباء قال :

سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه الخلع فقال : لا يحل له ان يأخذ منها شيئاً ، قلت : يقول الله تعالى ذكره في كتابه : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » قال : هذه نسخت قلت : فاني حفظت ؟... قال حفظت في سورة النساء في قول الله تعالى : « وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا » .

وللجواب على دعوى النسخ نقول :

ان النسخ لا يكون عادة الا حين وجود تعارض بين حكمين او ايتين لا يمكن الجمع بينهما فهل هذا يشمل موضوعنا ؟ [3]

لدينا آيتان : الاولى تقول : فان خفتم الا يقيما حدود الله ... فيها اباحة للزوج ان يأخذ من مال زوجته اذا خشي عدم اقامة حدود الله كأن تكون كارهة له أو مبغضة او تسيء عشرته أو نحو ذلك .

---

(١) ابو عبد الله بكر بن عبد الله بن عمرو بن هلال المزني البصري احد التابعين ومن كبار فقهائهم . روى عنه قتادة توفي سنة ١٠٦ . طبقات ابن سعد ٧/١٥٢ .

وابو عبدالله هذا غير المزني الفقيه الشافعي تلميذ الإمام الشافعي وترجمته: ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني المصري ولد عام ١٧٥ واتصل بالشافعي سنة ١٩٩ توفي سنة ٢٦٤ قال الشافعي : المزني ناصر مذهبي .

وقد ظن استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف ان هذا هو الذي قال بالنسخ مع ان المزني لم يخالف استاذه فيما ذهب اليه - والمقصود الاول - فرق الزواج ص ١٦٤ .

(٢) تفسير الطبري ٤/٥٨٠ .

(٣) يقول الخضري في اصول الفقه ص ٥٤: إن إبطال نص لاحق لنص سابق موقوف على احد امرين: ١) ان ينص اللاحق على انه ناسخ للسابق ٢) ان يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن الجمع بينهما .

والآية الثانية تقول : وان اردتم استبدال زوج مكان زوج والخطاب هنا للزوج أي اذا اراد الزوج ان يستبدل زوجته فالسبب هنا ليس من الزوجة بل من الزوج ولهذا قال بعض الفقهاء لا يجوز للزوج ان كانت الاساءة والكراهية من جانبه ، ان يأخذ عوضا على طلاقه .

وقال جمهور الفقهاء يكره في هذه الحال .

فالله تعالى اباح الخلع في حال بغض الزوجة ونفورها وحظره في حال بغض الزوج ونفوره فهما آيتان لحكمين وحالين مختلفين فلا نسخ بينهما .

وان اجماع الصحابة ومن بعدهم الى عصرنا هذا على ان الخلع مشروع غير منسوخ قال الطبري في تفسيره [1] : فاما ما قاله بكر بن عبد الله من ان هذا الحكم في جميع الآية منسوخ ... فقول لا معنى له .

• • •

٢ ـ السنة النبوية :

روي عن النبي عليه الصلاة والسلام في كتب الحديث الصحيحة روايات كثيرة في مشروعية الخلع سأذكر أهم ما اطلعت عليه منها وهي وان كانت تدور حول موضوع واحد بل حول خلع امرأة جاءت تشكو زوجها الى النبي ﷺ الا انني اخترت جميع الروايات التي منها استمد الفقهاء احكامهم .

جاء في صحيح البخاري [2] :

١) ـ عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاءت امرأة ثابت ابن قيس ابن شماس [3] الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على

---

(١) تفسير الطبري ٤/٥٨٠ .

(٢) صحيح البخاري ٩/٣٣٠ .

(٣) هو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك ابن امرىء القيس .

كان خطيب الانصار ومن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم . لم يشهد بدراً . وشهد احداً وبيعة الرضوان راجع : تاريخ الاسلام للذهبي ١/٣٧١ . طبقات ابن سعد ٥/٢٠٦ اسد الغابة لابن الأثير ١/٢٢٩ الاصابة في ترجمة الصحابة لابن حجر ١/٢٠٣ اعلام النبلاء ١/٢٢٤ .

ثابت في دين ولا خلق ، الا اني اخاف الكفر [1] . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفتردين عليه حديقته ؟... قالت : نعم ، فردت عليه . **فأمره ففارقها .**

وجاء في سنن البيهقي [2] :

٢) – من طريق عطاء قال : اتت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : اني ابغض زوجي واحب فراقه ، قال اتردين عليه حديقته التي اصدقك ؟.. قالت : نعم وزيادة : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : **اما الزيادة فلا .**

وروى الطبري باسناده [3] :

٣) – عن عائشة : ان حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر نغضها [4] . فأتت رسول الله بعد الصبح فاشتكته . فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتا فقال : خذ بعض مالها وفارقها .

قال : **ويصلح ذلك يارسول الله** ؟... قال : نعم . قال فاني اصدقتها حديقتين وهما بيدها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذهما وفارقها : ففعل .

وروى الحاكم في المستدرك [5] .

٤) – عن عكرمة انه قال : كان ابن عباس يقول : ان اول خلع كان في الاسلام اخت عبد الله بن ابي . انها اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت :

---

(١) الكفر هنا معناه كفر العشير ومعنى كلامها انها تخشى إن بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله في صحبتها لانها لا تستطيع ان تؤدي واجباتها نحو زوجها وهذا لا يجوز في الاسلام فخشية ذلك طلبت الفرقة . ويفسر كلمة الكفر رواية اخرى قالت فيها لا اطيقه بغضاً . قال الشوكاني ٢٤٨/٦ اي كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له .

(٢) سنن البيهقي ٣١٣/٧ .

(٣) تفسير الطبري ٥٥٦/٤ .

(٤) قوله : – فكسر نغضها بضم النون وسكون الغين – العظم الرقيق على طرف الكتف

(٥) المستدرك ٢١٠/٢ – ٢١١ وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد – ووافقه الذهبي وهو اسناد صحيح متصل – ورواه الطبري ٥٥٢/٤ .

يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا اني رفعت جانب الخباء فرأيته اقبل في عدة، فاذا هو اشدهم سوادا وأقصرهم قامة واقبحهم وجها . قال زوجها يا رسول الله اني اعطيتها أفضل ما لي ، حديقة . **فان ردت علي حديقتي :**

قال . ما تقولين ؟... قالت : نعم وان شاء زدته . قال : ففرق بينهما .

٥ - وروى ابن عبد البر في الاستيعاب [١] - ان جميله بنت ابي سلول كانت عند ثابت بن قيس فنشزت عليه ، فأرسل اليها النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا جميلة ما كرهت من ثابت ؟ قالت : والله ما كرهت منه دينا ولا خلقا الا اني كرهت دمامته فقال لها : اتردين الحديقة ؟... قالت : نعم فردت الحديقة وفرق بينهما .

وقد روى هذا الحديث الطبري وقال : وقد ذكر ان هذه الآية نزلت في شأنها .

وروى الدارقطني [٢]

٦ - عن ابي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله ابن ابي ابن سلول وكان اصدقها حديقة فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته التى اعطاك ؟... قالت نعم وزيادة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا ولكن حديقته . قالت نعم فأخذها له وخلى سبيلها ، فلما بلغ ذلك **ثابت بن قيس ، قال : قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .**

رواه الداقطني باسناد صحيح وقال : سمعه ابو الزبير من غير واحد .

٧ - وروى احمد في مسنده [٣] :

ان حبيبة بنت سهل الانصارية كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان

---

(١) الاستيعاب ص ٧٣٢-٧٣٣ .

(٢) منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار ٦/٢٤٧ .

(٣) مسند احمد ٦/٤٣٣ - ٤٣٤ .

رسول الله رآها عند بابه بالغلس فقال رسول الله : من هذه ؟.. قالت اناحبيبة بنت سهل ، لا انا ، ولا ثابت ابن قيس !! لزوجها . فلما جاء ثابت قال له رسول الله : ـ هذه حبيبة بنت سهل تذكر ماشاء الله ان تذكر . فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما اعطانيه عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذ منها . فاخذ منها وجلست في بيتها .

رواه الشافعي في الام .

ورواه البيهقي في سننه [١] .

رواه عبد الرزاق في المصنف (وهو من مصورات المخطوطات العربية) [٢] .

رواه الطبري في تفسيره [٣] .

وجاء أيضاً هـذا الحديث في تفسير قوله تعالى : الطلاق مرتان في احكام القرآن للقرطبي [٤] .

٨ ـ وروى الترمذي [٥] ـ عن الربيع بنت معوذ انها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي او أمرت ان تعتد بحيضه . رواه الترمذي وقال : حديث الربيع الصحيح انها امرت ان تعتد بحيضه .

٩ ـ وروى ابو داود والترمذي [٦] ـ عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تعتد بحيضه ـ رواه ابو داوود ، والترمذي ، وقال حديث حسن غريب .

١٠ ـ وروى البيهقي : ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبد

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٣١٢ - ٣٣ .

(٢) مصنف عبد الرزاق مخطوط مصور ج ٤ ص ١٧ معهد المخطوطات .

(٣) تفسير الطبري ٤/٥٥٥ وانظر التعليق فإنه مفيد وتخريج هذا الحديث في هامش التفسير للاستاذ شاكر . ورواه السيوطي في الدر المنثور ١/٢٨٠ .

(٥) القرطبي ٣/١٣٨ .

(٤) منتقى الاخبار ٦/٢:٦ .

(٦) منتقى الاخبار . المصدر السابق .

الله بن عمر واخبرته انها اختلعت من زوجها في زمن عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال عبد الله ابن عمر : عدتها عدة المطلقة [1] .

١١ – وروى البخاري[2] : – عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأة ثابت ابن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ثابت بن قيس ماا عتب عليه في خلق ولا دين . ولكني اكره الكفر في الاسلام ، فقال رسول الله اتردين عليه حديقته ؟ ... قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة [3] .

. . .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٣١٥ .
(٢) صحيح البخاري ٩/٣٢٩ .
(٣) وقع خلاف حول نسبة امرأة ثابت بن قيس هل هي بنت سلول ام بنت عبد الله بن ابي ام بنت ابي – فقد جاء في رواية ابن عباس انها نبت سلول . وفي حديث ابي الزبير انها بنت عبد الله بن ابي سلول . وفي رواية للبخاري انها بنت ابي . قال بن الاثير والنووي : انها اخت عبد الله وجزما بذلك .

ونقل ابن سعد في الطبقات : جميلة بنت عبد الله بن ابي – وقال الدمياطي والذي وقع في البخاري من انها بنت ابي وهم قال ابن حجر : : جميلة هي اخت عبد الله . لكن نسب اخوها الى ابي كما نسبت هي الى جدتها سلول .

وكذلك وقع خلاف حول اسمها هل هي جميلة أم حبيبة بنت سهل ؟.. قال البيهقي : اضطرب الحديث في تسمية امرأة ثابت ويمكن ان يكون الخلع تعدد من ثابت . قال ابن عبد البر : اختلف في امرأة ثابت بن قيس . فذكر البصريون انها جميلة بنت ابي وذكر المدنيون انها حبيبة بنت سهل . وقال الذهبي في اعلام النبلاء : اسمها : جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول . قال ابن حجر : الذي يظهر لي انهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلاف السياقين – طبقات ابن سعد ٨/٣٢٦ – فتح الباري ٩/٩٢٧ ، اعلام النبلاء ١/٦٩ نيل الاوطار ٦/٢٤٨ .

الاجماع :

اجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالف الا بكر بن عبد الله المزني ولكن الاجماع انعقد قبل خلافه .

قال مالك [١] :

لم ازل اسمع ذلك من أهل العلم وهو الامر المجتمع عليه عندنا وهو ان الرجل اذا لم يضر بالمرأة ولم يسيء اليها ولم تؤت من قبله واحبت فراقه فانه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم .

وقال ابن قدامه في الخلع :

وهو قول عمر وعثمان ... ولم نعرف لهم في عمرهم مخالفا : فيكون اجماعا [٢] .

وجاء في فتح الباري : واجمع العلماء على مشروعيته الا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور [٣] .

وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير بعد ان حكى رأي المزني قال :

وهو قول خارج عن الاجماع [٤] .

وقال ابن عبد البر : ولا نعلم احدا خالفه الا بكر بن عبد الله المزني [٥] فالاجماع منعقد على مشروعية الخلع .

• • •

(١) المدونة ٥/٢٢ تفسير القرطبي ٣/١٣٨ .

(٢) المغني ٨/١٧٤ .

(٣) فتح الباري ٩/٣٤٦ .

(٤) تفسير الشوكاني : فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية ١/٢١٣ .

(٥) ٧/١٧٤ .

صفة الخلع

نريد ان نبحث هنا الاصل في الخلع وهل هو مكروه ام مباح بعد ان تتوفر شروطه .

هل الخلع مباح ام مكروه ؟.. بصرف النظر عما يعتريه من حالات الوجوب كما لو حكم به حكمان اوامر القاضي به .

لم أر من الفقهاء من بحث الخلع بصرف النظر عن انه طلاق فكل من بحث في هذا الموضوع قال انه طلاق والاصل في الطلاق الاباحة او الحظر . بل بعضهم علل ذلك بأن كل ما ذكر من كراهة أو تحريم هو فيما يتعلق بالعوض . أما الخلع فتسري عليه احكام الطلاق . ولكني أرى ان قياس الطلاق على الخلع في الحظر والاباحة غير دقيق . فالطلاق هو فرقة تتم بارادة الزوج وحده . أما الخلع فهو اتفاق بين الزوجين على انهاء الحياة الزوجية فالفرق بينهما واضح .

والحالة التي يكره فيها الخلع هي حين تطلب الزوجة من زوجها الطلاق بدون سبب يستوجبه . وبهذا جاءت الأحاديث التي تذم الخلع .

فاذا طلبت الزوجة الخلع وكان ذلك بدون سبب فهذا مكروه ولكن بالنسبة للزوج اذا ماطلقها هل هذا يعتبر محظوراً لانه طلاق بدون سبب ؟.. اعتقد ان طلب المرأة من زوجها ان يطلقها يعتبر سبباً يبيح له الطلاق لان من تطلب الطلاق يصعب الحياة معها وان استمرت فالى امد قريب .

اما آراء ونصوص الفقهاء التي اطلعت عليها في هذا الموضوع فأني اثبتها هنا لعل القارىء يجد فيها بعض ماوجدت او يخالفني ولكل رأي فيما يفهمه ويراه .

جاء في الروضة الندية [1] : « لو اختلعت نفسها بلا سبب فجائز مع الكراهة لأن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه لم يفتشوا عن سبب الاختلاع من جانبها .

---

(١) الروضة الندية ٢/٦٠ .

ولكني أقول ان النبي عليه السلام وان لم يسأل زوجة ثابت عن سبب بغضها زوجها فانها هي التي ذكرت له ذلك بقولها : لا اعتب على ثابت في خلق ولا دين ولكني لا اطيقه بغضا . فماذا يسألها بعد ذلك .

واستشهد من قال بكراهية الخلع باحاديث عن النبي عليه السلام منها :

ماروواه ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ايما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة [1] : ولكن هذا الحديث صريح بان كراهية الخلع اذا لم يكن هناك سبب يدعو اليه .

وبما رواه الحسن البصري عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام . المنتزعات والمختلعات هن المنافقات [2] .

ولكن ابن حزم رد هذا الحديث وقال : قال الحسن : لم اسمعه من ابي هريرة فسقط الاستدلال بهذا الحديث [3] .

وقال ابن حجر : اخرجه احمد والنسائي وفي صحته نظر لان الحسن عند الاكثر لم يسمع من ابي هريرة [4] .

وجاء في تحفة المحتاج [5] : واصله مكروه وقد يستحب كالطلاق .

وقال في مغني المحتاج [6] : ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع .

وجاء في فتح الباري [7] : وهو مكروه الا في حال مخافة الا يقيما حدود الله او واحد منهما ما امر به .

---

(١) تفسير الشوكاني ١/٢١٤ جاء في المغني ٨/١٧٤ وقال رواه ابو داود .
(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٣٧٦ .
(٣) المحلى ١٠/٢٣٦ .
(٤) فتح الباري ٩/٣٣٢ .
(٥) تحفة المحتاج ٧/٤٥٧ .
(٦) مغني المحتاج ٣/٢٦٢ .
(٧) فتح الباري ٩/٣٤٦ .

وقد ينشأ ذلك عن كراهة العشرة اما لسوء خلق او خلق .

وقال الدسوقي[1] : ان الخلع جائز على المشهور وليس بمكروه .

وقيل يكره . وهو قول ابن القصار . واعلم ان الخلاف فيه من حيث المعاوضة على العصمة واما من حيث كونه طلاقا فهو مكروه بالنظر لأصله اتفاقاً . لقوله عليه السلام : ابغض الحلال الى الله الطلاق .

وقال في المختصر النافع : لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ولم يملك الفدية[2]

وجاء في المغني[3] : اذا خالعت المرأة زوجها والحال عامرة والاخلاق ملتئمة فانه يكره لها ذلك .

وجاء في الانصاف[4] : واذا كانت المرأة مبغضة للرجل او تخشى ان لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس ان تفتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك . والحالة هذه على الصحيح من المذهب . وعليه اكثر الاصحاب . وجزم الحلواني بالاستحباب .

---

(١) حاشية الدسوقي ٤٠٦/٢ .
(٢) المختصر النافع ٢٢٧ .
(٣) المغني ١٧٥/٨ .
(٤) الإنصاف ٣٨٣/٨ .

المبحث الثاني

اركان الخلع

من التعريف الذي وضعناه للخلع نرى انـه لا بـد من توافر الاركان التالية لتحققه :

١ – صيغة

٢ – زوج

٣ – زوجة

٤ – عوض

ثم نبحث اخيراً هل يشترط ان يكون الخلع لدى القاضي .

• • •

الفرع الأول

الصيغة

المطلب الاول ـ المعاطاة

هل يصح الخلع بالمعاطاه ام لا بد من الايجاب والقبول اي هل يشترط للخلع صيغة يتلفظ بها الزوج والزوجة بينهما ؟... ام ان اي فعل منهما دل على ذلك جاز الخلع .

والمعاطاه هي مبادلة فعلية تدل على تبادل الارادتين دون تلفظ بايجاب وقبول[1] كما لو دفعت الزوجة لزوجها مالاً فاخذ الزوج المال ثم فارقها او فارقته دون تلفظ بايجاب او قبول فهل يصح الخلع؟[2]

حرم الفقهاء التعاطي في النكاح لانه عقد يرد على المتعة الجنسية اذ لا فرق حينئذ بين النكاح والسفاح في هذا الا ان النكاح له آثاره وخطورته ونتائجه الفعلية .

---

(١) راجع المادة ١٧٥ مجلة الاحكام العدلية .

(٢) قال ابن تيمية في الاختيارات العلمية ٣/٢٦٨ للفقهاء في العقود ثلاثة أقوال :ـ

فلو جاز التعاطي في النكاح بان يدفع رجل لامرأة مبلغاً من المال دون ان يتلفظا بعقد وتعيش معه كزوجة لم يكن هذا دليلاً على زواج يميزه عن السفاح المحرم ولهذا قالوا لابد من الايجاب والقبول اللفظيين .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء[1] :

فلو جاز التعاطي في عقد الزواج بان يدفع رجل الى امرأة مبلغاً من المال كمهر بقصد الزواج ، فتتابعه دون ان يتلفظا بعقد ، وتعيش معه ويتعاشرا كالازواج لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على اكثر من التراضي على المعاشرة والاستمتاع وان مجرد التراضي على الاستمتاع لا يكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما يكفي في تبادل الاموال ، بل لا بد من ظهور التراضي على غرض الزواج المشروع وتحمل نتائجه الشرعية ولا يظهر هذا الغرض بصورة لا اشتباه فيها الا التعبير اللفظي .

فلذلك اجمعت الاجتهادات الاسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الايجاب والقبول اللفظيين ...[2]

فهل يجوز التعاطي في الخلع ؟... كأن تدفع له مالاً معيناً وتفارقه دون تلفظ بايجاب او قبول ام لا بد من الايجاب والقبول صراحة ؟...

- ١) - ان الاصل في العقود انها لاتصح الا بالصيغة كالايجاب والقبول ٢) - انها تصح بالافعال فيما كثر عقده كالمبيعات بالمعاطاة وكالوقف . وكبعض أنواع الاجارة لان الناس تعارفوا على ذلك بخلاف المعاطاة في الاموال الجليلة فانه لاحاجة اليه ولم يجر به عرف ٣) انها تنعقد بكل مادل على مقصودها من قول اوفعل فكل ماعده الناس بيعاً واجارة فهو بيع واجارة .

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٢٣٠ .

(٢) يقول القرافي في كتابه الفروق بعد ان ساق الادلة على تحريم انعقاد النكاح بالتعاطي: فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم ينقل فيها احد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع ٣/١٤٣ و ٣/١٨٠.

لم اجد من اجاز ذلك صراحة الا المالكية وبعض الحنابلة وبعض المذاهب نصت على تحريمه، وبعضها الآخر سكت عن ذلك.

. . .

المعاطاة في الخلع عند المالكية

اجاز المالكية الخلع بالمعاطاة اذا قام العرف دليلا على قصد كل من الزوجين بالفرقة. فقالوا لا يشترط في هذه الحال الايجاب والقبول صراحة.

جاء في شرح الخرشي[1]:

« وكفت المعاطاة: اي كأن تعطيه شيئاً على وجه يفهم منه انه في نظير العصمة ويفعل فعلا يدل على قبول ذلك. كأن تكون عادتهم اذا خلعت سوارها من يدها ودفعته له او خرجت من الدار ولم يمنعها انه طلاق. »

وقال الحطاب[2]:

« ولا يشترط ان يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة. »

وقال الدردير:[3] « وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن عرفهم المعاطاة. »

وقال الدسوقي:[4] « ان الفعل لا يقع به طلاق ولو قصد به الطلاق ما لم يجر عرف باستعماله في الطلاق والا فيقع بـه الطلاق. فان صاحبه عوض فهو بائن والا فهو رجعي. »

---

(٢) شرح الخرشي ٣/١٦٣.
(٣) مواهب الجليل ٤/٣٧.
(٤) شرح الدردير ٢/٤١٩.
(٥) حاشية الدسوقي المصدر السابق ٢/٤١٩.

المعاطاة فى الخلع عند الشافعية :

لا يجوز الخلع بالمعاطاة عند الشافعية بل لا بد من ايجاب وقبول بين الزوج وزوجه وما عدا ذلك من فعل فلا يدل على التراضي بينهما .

قال في مغنى المحتاج « ويشترط قبولها فتقول قبلت او اختلعت او نحوه فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر »[1]

• • •

المعاطاة فى الخلع لدى الحنابلة :

اختلف الحنابلة : هل يقع الخلع بالمعاطاة ام لا يقع . وكل فريق روى عن الامام احمد ما يؤيد وجهة نظره .

قال ابو حفص وابو علي بن شهاب : ان الخلع بالمعاطاة جائز . لما روى اسحاق ابن منصور عن احمد قال : قلت لاحمد كيف الخلع ؟.. قال : اذا اخذ المال فهي فرقة .

وعن علي رضي الله عنه : من قبل مالاً على فراق فهي تطليقة بائنة لا رجعة فيها.

والى هذا مال ابن تيمية حيث قال : — ولعله هو الغالب على نصوص احمد بل قد نص على ان الطلاق يقع بالفعل والقول[2] .

وقال القاضي ابو يعلى وابن حامد لا تقع الفرقة الا بايجاب وقبول بناء على ان الفرقة فسخ النكاح والنكاح يفتقر الى لفظ فكذا فسخه .

وقد ايد ذلك ابن قدامه فقال : لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله ، من غير لفظ الزوج[3] .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٩.

(٢) الاختيارات العلمية ٣/٢٦٨ .

(٣) المغنى ٨/١٨٢.

وقال صاحب الشرح الكبير « ولان الخلع ان كان طلاقاً فلا يقع بدون صريحة او كناية وان كان فسخاً فهو احد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد[1] .

وجاء في الانصاف[2] « لايحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج فلا بد من الايجاب والقبول في المجلس .»

المعاطاة في الخلع لدى الزيدية :

لايجوز الخلع بالمعطاة في المذهب الزيدي . ولكني وجدت : في الروض النضير[3] قولاً في صحة الخلع بالمعاطاة فقد جاء فيه :

واعلم ان الفقهاء شرطوا في صحة الخلع الايجاب او مافي حكمه في مجلس العقد اوالخبر به قبل الاعراض وليس في الأدلة مايفيده . وقد اشار المحقق الجلال الى ذلك فقال ظاهر حديث اختلاع امرأة ثابت يقتضي بعدم اشتراط العقد وان المعاطاة كافية في صحة الخلع لان رواية الموطأ وابي داود والنسائي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خذ بعض مالها وفارقها .

***

---

(١) الشرح الكبير ٨/١٨٦ .

(٢) الانصاف ٨/٣٩٧.

(٣) الروض النضير ٤/١٦٩.

المطلب الثاني ـ الصيغة التي ينعقد بها الخلع وتكييفها الفقهي

الصيغة عند الاحناف :

الفرقة على مال عند الاحناف تكون اما بلفظ الخلع او ما في معناه كالمباراة او تكون بلفظ الطلاق على مال . والفرق بينهما ان الخلع او المباراة من الفاظ الكناية واما الطلاق على مال فهو من الألفاظ الصريحة . فاذا خلت الفرقة عن المال، فان كانت بلفظ الخلع كانت طلاقاً بائناً لان الكناية يقع بها طلاق بائن واما الطلاق على مال فيصبح رجعياً اذا خلى عن العوض[1] .

على ان الامام محمداً لم يفرق بين الخلع والطلاق على مال وجاءت بعض كتب الاحناف دون ان تفرق بينهما .

قال القدوري[2] : الفاظ الخلع خمسة :ـ

خالعتك ـ بارأتك ـ فارقتك ـ باينتك ـ طلقي نفسك على الف .

وبما ان الخلع من الكنايات فاذا خلا عن العوض . اصبح طلاقاً على مال ولكنه بائن لانه بلفظ الكناية وتسري عليه احكام الكنايات[3] .

نستطيع ان نوفق بين رأي الاحناف في ان الخلع كناية وبين من يقول انه صريح . ان الاحناف يقولون اذا اقترنت صيغة الخلع بالعوض كان صريحاً لان العوض يقوم مقام النية ـ فعلى أشهر الروايات الثلاث عن أبي حنيفة التي تقول ان الخلع

---

(١) وكذلك الحكم مالو ظهر العوض فاسدا كما لو كان مالا غير متقوم وقع الطلاق بائنا ولاشيء للزوج ان كان بلفظ الخلع اما لو كان طلاقاً على مال وفسد العوض فالطلاق رجعي .

(٢) القدوري ٢/٦٠ ـ وجاء في تنوير الابصار : ان الخلع يكون بلفظ البيع والشراء والطلاق والمباراه كبعت نفسك او طلقتك على كذا ...

(٣) وقال صاحب الدر بشرحه ١/٣٩٦ والخلع في الكنايات...فيعتبر فيه مايعتبر فيها .

اذا لم يكن على مال كان مجرد طلاق بائن توحد المعنى واصبح الخلع دائماً مقروناً بالمال وهكذا يصبح صريحاً لا كناية .

التكييف الفقهي :

ان الخلع وان كان لايتم الا بايجاب وقبول الا ان ابا حنيفة لم يعطه حكم المعاوضة من الجانبين ، بل اعطاه حكم اليمين من جانب الزوج ، وحكم المعاوضة من جانب الزوجة . فاذا قال الزوج لزوجته خالعتك على الف فكأنه قال لها ان اعطيتني الفاً فانت طالق . والتعليق عند الاحناف في حكم الايمان ، فان قبلت والتزمت بالالف وقع الطلاق .

وذهب الصاحبان ابو يوسف ومحمد الى ان الخلع من جانب الزوجة يمين أيضاً لانها بقبولها تكمل يمين الرجل فلا فائدة من تعليق الزوج كلامه اذا لم توافق الزوجة فيحصل جواب الشرط . ولهذا قالوا انه يمين من الجانبين . وعلى كل فان الراجح في مذهب الاحناف هو القول الاول الذي ذهب اليه ابو حنيفة .

وقد وضع الفقهاء ما يترتب على كون الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة احكاماً عدة نلخصها فيما يأتي :

ما يترتب على كون الخلع يميناً من جانب الزوج[1] :

١ ـ اذا اوجب الزوج الخلع ابتداء بأن قال لزوجته خالعتك على الف مثلاً فلا يملك الرجوع عن ايجابه قبل قبول الزوجة . لان ايجاب الخلع من الزوج معناه تعليق الطلاق على قبولها فهو يمين من جانبه فلا يملك الرجوع عنه ـ اما لو كان معاوضة لصح رجوعه قبل قبولها .

٢ ـ لايجوز للزوج ان يشترط لنفسه خيار الشرط فان شرط ذلك :

---

(١) المبسوط ١٧٣/٦.

لغا الشرط وصح العقد . كما لو قال لها خالعتك على الف على أني بالخيار ثلاثة أيام وقبلت وقع الطلاق ولزمها المال ولا عبرة بالشرط .

اما لو كان معاوضة في حقه لصح خيار الشرط وكان له ما شرط[1] .

٣ – اذا اوجب الزوج الخلع، وقبل قبول الزوجة قام من مجلسه فلا يبطل ايجابه بقيامه . ولو كان معاوضة لبطل بقيامه لانتهاء المجلس قبل قبول الطرف الآخر .

٤ – يجوز للزوج ان يعلق ايجابه على شرط او يضيفه الى زمن مستقبل كأن يقول لها : ان تزوجت عليك فقد خالعتك على الف او ان جاء اخوك فقد خالعتك على الف او خالعتك على الف بعد شهر ، فالايجاب صحيح . فان قبلت الزوجة بعد تحقق الشرط او وجود الزمن المضاف اليه وقع الطلاق وتم الخلع .

فلو كان الخلع معاوضة من جانب الزوج لما صح تعليقه على شرط ولا اضافته الى المستقبل .

وليس للزوجة ان تقبل قبل تحقق الشرط او مجيء الزمن المضاف اليه[2] .

اما ما يترتب على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة :[3]

اعتبر الخلع معاوضة من جانب الزوجة لانها تعطي الزوج مالا نظير طلاقها وهذه هي معاوضة بين طرفين بايجاب وقبول احدهما يدفع المال والثاني يعطيه بدلاً عن ذلك المال تمليك نفسها اي طلاقها .

---

(١) نقل ابن الهمام عن التجنيس رواية انه يجوز قبول الزوجة قبل تحقق الشرط وقال : من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت الدار فقد خلعتك على الف فتراضيا عليه ففعلت مع الخلع » – فتح القدير ٣/٢١٤ .

(٢) المبسوط ٦/١٧٣ .

(٣) المصدر السابق .

١ ـ يشترط في قبول الزوجة الخلع ان تكون عالمة معناه[١] وما يترتب على ذلك من التزامات. اما اذا لم تعلم كما لو خاطبها بلغة لا تفهمها مثلاً فلا يصح قبولها. ولا يلزمها المال، ولا يقع الطلاق. لانه يشترط في المعاوضات العلم بمعنى الايجاب.

٢ ـ بما ان الخلع معاوضة من جانب الزوجة فلا بد ان يتم قبولها في مجلس الايجاب فاذا قال لها الزوج خالعتك على الف ثم خرجت من المجلس وقبلت بعد ذلك فلا يعتبر. لان الايجاب يبطل حينئذ ولا بد من ايجاب وقبول من جديد .

اما اذا كانت غائبة عن مجلس الايجاب فيعتبر قبولها في مجلس علمها بالايجاب.

٣ ـ اذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس او قام الزوج قبل قبوله بطل الايجاب ولا بد من ايجاب جديد كما هو حكم المعاوضات .

٤ ـ للزوجة ان تشترط لنفسها الخيار[٢] في مدة معينة لتقبل أو ترد فلو قال لها خالعتك على الف فقالت قبلت على ان لى الخيار ثلاثة ايام فقبل الزوج صح هذا الشرط[٣]، لان اشتراط الخيار في المعاوضات جائز[٤] .

٥ ـ ولا يجوز للزوجة ان تعلق ايجابها على شرط ولا ان تضيفه الى زمن مستقبل ،لان المعاوضات لا تقبل التعليق ولا الاضافة.

---

(١) ومن البديهي ان نقول انه يشترط ان تكون كاملة الاهلية للتصرف وسنبحث هذا في بحث خاص ـ كما ان شروط التعاقد ايضاً يجب أن تتوفر فعيوب الرضا اذا شابت ارادة احد المتعاقدين وخاصة الزوجة فلا يصح العقد كما في حالة الاكراه .

(٢) يقول الدكتور مذكور في تاريخ التشريع الاسلامي ص ٤٩١ : وخيار الشرط شرع في الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بعقد يكون الرضا فيه غير موفور والرغبة فيه لم تتأكد .

(٣) وقال ابو يوسف ومحمد : ـ لا يجوز للزوجة ان تشترط الخيار فاذا مااشترطت لغا الشرط ووقع الطلاق وسبب خلافهما مع ابي حنيفة انهما يريان ان الخلع يمين من جانب الزوجين اما ابوحنيفة فكما قلنا يرى انه يمين من جانب الزوج ومعاوضه من جانب الزوجة.

(٤) ويسري حكم شرط الخيار كما في سائر العقود التي تقبل هذا الشرط.

الصيغة عند المالكية :

لفظ الخلع : والخلع عند المالكية لايختص بلفظ معين فيقع بالفاظ مختلفة كالفديه والصلح والمباراة وكلها تؤول الى معنى واحد. وهو بذل المرأة المال في سبيل طلاقها .

وقد فرق المالكية في هذه الالفاظ تفريقاً يتصل بالعوض الذي تدفعه المرأة لزوجها فقالوا :

ان اسم الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاها . والصلح ببعضه . والفدية بأكثره . والمباراة [1] باسقاطها عنه حقاً لها عليه [2] .

وجاء في المدونة [3] « المختلعة التي تختلع من كل الذي لها . والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك ببعض . »

قال ابن العربي في احكام القرآن : [4] قال مالك : المبارئة هي المخالعة بمالها قبل الدخول . والمخالعة اذا فعلت ذلك بعد الدخول . والمفتدية هي المخالعة ببعض مالها .

وقال القرطبي : [5] المختلعة هي التي تختلع من كل الذي لها ، والمفتديه أن تفتدى ببعضه وتأخذ بعضه، والمبارئة هي التي بارأت زوجها قبل أن يدخل بها. هذا قول مالك .

وروى عيسى بن دينار عن مالك: المبارئة هي التي لاتأخذ شيئا ولا تعطي والمختلعة هي التي تعطي ما اعطاها وتزيد من مالها . والمفتدية هي التي تفتدي

---

(١) يقول الاحناف في المبسوط ٦/١٧٢ والمباراة بمنزلة الخلع في جميع ذلك لانه مشتق من البراءة وهو ادل على قطع الوصلة من الخلع .

(٢) بداية المجتهد ٢/٤٠

(٣) المدونة ٥/٢٨ .

(٤) احكام القرآن ١/١٩٤

(٥) تفسير القرطبي ٣/١٤٥

ببعض ما اعطاها وتمسك بعضه . وهذا كله يكون قبل الدخول او بعده .
والمصالحة مثل المبارئة .

ثم يقول : وهذه الألفاظ الاربعة تعود الى معنى واحد وان اختلفت صفاتها من جهة الايقاع وهي طلقة بائنة اه .

ويجوز في الخلع التعليق على شرط الاضافة الى زمن مستقبل .

فاذا قال لها اذا اقبضتني كذا فقد طلقتك . لم يختص اقباضها بنفس المجلس فمتى اقبضته ولو بعد المجلس طلقت منه . وهنا علق الزوج الايجاب على الاداء .

و كذلك اذا قال لها طلقتك غداً بألف فقبلت في الحال فانها تطلق في الحال ويلزمها المسمى . ومثله اذا قالت له طلقني غداً ولك الف فاذا طلق في الغد او قبله استحق الالف اذا فهم من مقصودها الطلاق. وان فهم منها تخصيص اليوم لم يلزمها ان طلقها قبله ولا يلزمها ان طلقها بعده .

العوض : يجوز الخلع بدون عوض عند المالكية ويقع بـه الطلاق بائناً سواء أكان بصريح لفظ الخلع اوأي لفظ آخر بمعناه. والطلاق على مال يقع بائناً أيضاً ولو نص فيه على الرجعة .

هذا ماجاء في شرح الخرشي [1] ـ ونصه :

حكم طلاق الخلع البينونه ولو وقع بغير عوض يعني اذا صرح بلفظ الخلع او مافي معناه من لفظ الصلح او الابراء او الافتداء. او اذا نص على الرجعة مع العوض بأن أعطته شيئاً وقالت له طلقني طلقة رجعية فأخذ منها وطلقها فانه يقع بائناً لان حكم الطلاق مع العوض البينونة فلا يخرجه عنها النص على الرجعة . ومثل نصه على الرجعـة مع العوض نصه عليها مع لفظ الخلع .

غير اني وجدت روايه عن مالك رواها اشهب : ان الخلع بدون عوض يقع به الطلاق رجعياً . حتي ان عبد البر قال : ان هذه اصح قولي مالك[2] .

---

(١) الخرشي ٣/١٥٥ .

(٢) يقول استاذنا الشيخ علي الخفيف ص ١٣٢ والخلع عند المالكية قد يكون نظير=

قال القرطبي[1] - وقيل عنه (عن مالك) لايكون بائناً الا بوجود العرض قال اشهب : لانه طلاق عرى عن عوض واستيفاء عدد فكان رجعياً كما لو كان بلفظ الطلاق .

قال ابن عبد البر : وهذا أصح قوليه عندي وعند اهل العلم .

وقد اثبت الروايتين معاً صاحب البهجة فقال : [2] اذا قصد ايقاع الخلع من غير عوض كان خلعاً عند مالك لانه طلاق قصد ان يكون خلعاً فكان على ماقصده كالذي معه العوض . وقال اشهب يكون رجعياً .

التكييف الفقهي للخلع :

يرى المالكية ان الخلع معاوضة من الجانبين ، ومقتضى ذلك ان الحكم فيه من حيث الايجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات [3] .

١) فيجب ان يكون القبول في المجلس فاذا قامت من مجلسها بطل الايجاب .

= عوض وهو الكثير الغالب وقد يكون بلا عوض اذا كان بلفظ الخلع او مايدل على معناه ويقع به في الحالين طلاق بائن . ولا يفرقون بين فرقه بلفظ الخلع من غير بدل وفرقه اخرى فيها الطلاق بائناً من حيث الحكم .

ويقول استاذنا الشيخ محمد الزفزاف في فقه القرآن والسنة ص ١٩٤ عند المالكية الخلع على نوعين : طلاق على عوض وطلاق بلا عوض وفي كلتا الحالتين طلاق بائن .

اقول : ان التفرقة على الرواية الراجحة ان الخلع بدون عوض رجعي لابائن.

(١) تفسير القرطبي ٣/١٤٥ وصدر كلامه: اختلف قول مالك فيمن قصد ايقاع الطلاق على غير عوض فقال عبد الوهاب : هو خلع عند مالك وكان الطلاق بائنا . وقيل عنه:...

(٢) البهجة للتسولي ٣٤١/١

(٣) راجع تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور مدكور بحث مطابقة الايجاب للقبول في انعقاد العقود ص ٣٩٥ .

وان يكون الايجاب موافقاً للقبول فاذا قال لها خلعت ثلاثاً بألف فقالت قبلت بواحدة بثلث الالف لم يلزم طلاق [1] .

شرط الرجعة في الخلع عند المالكية :

لو بذلت الزوجة عوض الخلع وشرط الزوج عليها ان له الرجعة فهل يصح هذا الشرط ويقع الخلع طلاقاً رجعياً أم لا يصح؟...

روايتان عن مالك رواهما ابن وهب : الاولى: وقال بها سحنون أنه يصح الشرط وتثبت للزوج الرجعة . وعلل ذلك سحنون بقوله : ان الاتفاق بين الزوجين تم على طلاق رجعي أي على ان تنقص الطلقات طلقة واحدة وهذا جائز فالعوض يكون في مقابل هذه الطلقة الرجعية .

والرواية الثانية: انه لا يجوز ذلك لانه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه، فان المقصود من الخلع هو البينونه بين الزوجين . وما دفعت الزوجة هذا العوض الا لتتخلص من زوجها ، فثبوت الرجعة ينافي مقتضى العقد كما لو شرط في عقد النكاح ان لا يطأ [2] .

---

(١) تفسير القرطبي ٣/١٤٥

(٢) وهذا بعكس مالو قالت له طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة بالف فان الطلاق يقع والعوض يلزم وذلك لانها تملك نفسها بهذا وتبين به .

الصيغة عند الشافعية :

اللفظ :

ان لفظ الخلع او المفاداة صريح في الطلاق فلايحتاج معه لنية ، وذلك لان لفظ الخلع تكرر على لسان حملة الشرع وجرى به العرف على ارادة الفرقة بين الزوجين . والمفاداة لورودها في القرآن .

وفي قول ان الخلع والمفاداة كناية لاصريح .

اما لفظ الفسخ فعلى القول بأن الخلع طلاق وهو الصحيح فان لفظ الفسخ كناية.

ذكر العوض : اذا كان الخلع بعوض وقبلت الزوجة وقع الطلاق بائناً والتزمت الزوجة بالمعوض .

اما اذا كان الخلع بدون عوض فله حالتان :

١) اذا لم ينف الزوج الخلع والتمس قبول الزوجة كأن يقول لها خالعتك او فاديتك ، ونوى التماس قبولها فقبلت بانت منه ووجب عليها مهر المثل لان العرف يقضي بذلك وتأخذ هذه الحالة حكم الخلع على مجهول .

٢) اما اذا نفى الخلع صراحة كأن يقول لها خالعتك بدون عوض فالطلاق يقع رجعياً ولاتلتزم الزوجة بشيء .

هذا ماذكره المنهاج وشراحه [١] .

وقال بعضهم : إن لفظ الخلع صريح اذا ذكر المال ،فان لم يذكره فكناية على الاصح [٢] .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٨ .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٧٨

(٣) فيصيغة الخلع عند الشافعية : جاء في الاشباه للسيوطي ص٣٤٩ : ان قلنا :انه طلاق - وهو الاظهر - فلفظ الفسخ كناية فيه . قال في اصل الروضة : واما لفظ الخلع فله قولان - قال في الام : كناية . وفي الاملاء صريح . ولفظ المفاداة : كلفظ الخلع في الاصح. وقيل: كناية قطعاً .

وجاء في المنهاج : ولفظ الخلع صريح . وفي قوله كنايه . فعلى الاول ، لو جري =

التكييف الفقهي للخلع عند الشافعية :

وقد اختلف الشافعية في تكييف الخلع بناء على اختلافهم حول طبيعة الخلع هل هو فسخ ام طلاق ؟ فمن ذهب الى انه فسخ قال : إن الخلع معاوضة محضة من الجانبين ، ومن ذهب الى أنه طلاق ـ وهو الراجح ـ قال : هو معاوضة فيها شوب تعليق : معاوضة لانه يأخذ منها بدلاً في مقابلة الطلاق ، وشوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على اخذ المال .

جاء في مغني المحتاج[1]: واذا بدأ الزوج بصيغة معاوضة كطلقتك او خالعتك بكذا فقبلت، وقلنا الخلع انه طلاق ـ كما هو الراجح ـ، فهو معاوضة لأخذه عوضاً في مقابلة ما يخرجه عن ملكه، وفيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال .

أما اذا قلنا ان الخلع فسخ ، فهو معاوضة محضة من الجانبين ، اذ لا مدخل للتعليق فيها بل هو كابتداء البيع . وعلى المعاوضة فانه له الرجوع قبل قبولها لان هذا شأن المعاوضات ، ويشترط قبولها فتقول : قبلت او اختلعت .

ويشترط ان يكون القبول أو الإيجاب متطابقين وإلا فلا يصح .

وبناء على ذلك قال الشافعية : يسري على الخلع أحكام العقود من حيث انه يكون منجزاً أو معلقاً أو مقترناً بشرط .

١) فالمنجز تسري عليه احكام المعاوضات من حيث الإيجاب والقبول .

فإذا كان الزوج الموجب :

١ ـ فليس له حق الرجوع قبل قبولها .

= بغير ذكر مال وجب مهر مثل في الاصح . فظاهر ماجاء في المنهاج انه لافرق في لفظ الخلع بين ذكر العوض ام لا في ان كلا منهما صريح لايحتاج الى نية . وهذا مخالف لما جاء في الروضة من كونه كناية على الاصح . وقال البلقيني : الحق انه لامنافاة بينهما فانه ليس في المنهاج انه صريح مع عدم ذكر المال ، فلعل مرده انه جرى بغير ذكر مال مع وجود مصحح له وهو اقتران النية به . مغنى المحتاج ٣/٢٦٨

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٦٩

٢ – ويشترط ان تقبل الزوجة في المجلس ؛ أما اذا انفض المجلس فلا قبول.

٣ – كما يشترط مطابقة الإيجاب للقبول . فاذا قال لها : خالعتك على ألف، فقالت : قبلت على مائتين ، لم يصح [١] .

وكذلك لا يصح اذا قالت له : قبلت على ألفين عند الشافعية [٢] .

أما اذا كانت الزوجة هي الموجبة ، كما لو قالت : خالعني ولك مني ألف فقبل ، صح الخلع . فهذه معاوضة مع شوب جعالة لأنها تبذل مالها في مقابل غرض معين هو الطلاق الذي ينفرد به الزوج ، ولهذا كان لها الاحكام التالية :

١– لها حق الرجوع قبل قبوله .

٢– ويلزم ان يكون قبوله في مجلس الإيجاب ، فلو قالت له : طلقني ولك مني ألف ، فاذا طلقها وقع الطلاق ولزم العوض . أما لو طلقها بعد انتهاء المجلس فلا يقع الخلع ولا يلزم العوض بل يقع طلاقاً رجعياً .

٣– مطابقة الإيجاب للقبول . أما لو قالت: طلقني بألف فطلقها على خمسمائة وقع الطلاق ووجب له خمسمائة فقط ، لان ما طلبته من العوض داخل ضمن ما التزمت به ، بعكس ما لو أوجب الزوج فلا تجوز الموافقة الضمنية . أما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على ألفين فلا يصح لمخالفة الإيجاب للقبول .

قال ابن حجر في تحفة المحتاج [٣] : ولو ضمنت ألفين طلقت بألف لوجود

---

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٧٩ .

(١) يقول استاذنا الشيخ علي الخفيف في فرق الزواج ص ١٤١ « لست أرى للشافعية وجهاً في عدم اعتبارهم الموافقة الضمنية فلا ينعقد البيع عندهم اذا اوجب البائع بألف فقبل المشتري بألفين او اوجب بثمن مؤجل فقبل المشتري بنفس الثمن حالا – وعلى ذلك كان الحكم عندهم في الخلع ايضاً . في حين أن من رضي بألفين فهو بالالف أرضى .

« راجع نهاية المحتاج ٣/٣٣٢ المدخل الفقهي الدكتور مدكور ٥١٥ المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى شلبي ٣١٩ المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقا ٢٢٢ ،

على أن رأي الاحناف كما جاء في رد المحتار ٤/١٩ ان العقد وان كان ينعقد صحيحاً لان فيه موافقة ضمنية غير ان الزيادة لاتلزم الا بموافقة الطرف الآخر فلو قال له بعتك هذا بمائة فقال له اشتريته بمائة وعشرين انعقد البيع وتوقف قبول مازاد على المائة على رضا البائع.

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٩ .

المعلق عليه في ضمنها بخلاف : طلقتك على الف فقبلت بألفين لأن تلك صيغة معاوضة تقتضي التوافق .

• • •

٢) **أما المعلق** : اذا كان الخلع من جانب الزوج بصيغة التعليق فلا يعتبر من المعاوضات بل تعليق محض من جانبه .

قال في مغني المحتاج [١] : لو بدأ الزوج بصيغة تعليق في الإثبات كمتى او متى ما اعطيتني كهذا : فأنت طالق ، فتعليق محض من جانبه ولا نظر فيه الى شبهة المعاوضة لانه من ألفاظ التعليق ، فيقع الطلاق عند تحقق الصفة كسائر التعليقات ، وحينئذ فلا رجوع له قبل الاعطاء كالتعليق الخالي عن العوض في نحو : ان دخلت الدار فأنت طالق . ولا يشترط في القبول لفظاً ، لان الصيغة لا تقتضيه ، ولا الإعطاء فوراً في مجلس التواجب .

وقال : اما لو بدأت الزوجة بطلب طلاق سواء أكان على جهة التعليق نحو : ان او متى او لم يكن على جهة كطلقني على كذا فأجاب الزوج قولها فوراً ، فمعاوضة من جانبها . لانها تملك البضع بما تبذله من العوض ، ففيها شوب جعاله ، لانها تبذل المال في مقابلة ما يستقل به الزوج وهو الطلاق فإذا أتى به وقع الموقع وحصل غرضها كالعامل في الجعالة . فلها الرجوع قبل جوابه ، لان هذا حكم المعاوضات والمبادلات جميعاً .

ويشترط فور لجوابه في محل التواجب في الصيغ السابقة المقتضية فوراً وغيرها كالتعليق بمتى تغليباً المعاوضة من جانبها بخلاف جانب الزوج ، فان طلق متراخياً كان مبتدئاً لا يستحق عوضاً . ويقع الطلاق حينئذ رجعياً .

• • •

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٩ .

الخلع بشرط الرجعة :

اذا شرط الزوج في صيغة الخلع ان يكون له عليها الرجعة كقوله : خالعتك بألف على ان لي عليك الرجعة فقبلت ، ففي المذهب الشافعي ثلاثة اقوال :

١) يقع الطلاق رجعياً . ويرد المال. كما جاء في فتاوى ابن الصلاح.

وعللوا ذلك ان شرطي المال والرجعة متنافيان فيتساقطان ويبقى الطلاق على اصله . وبما ان الاصل في الطلاق عند الشافعية أثر رجعي فيبقى على اصله ، أي لا عبرة بما شرط ، لان الرجعة تثبت بالاصل لا بما شرط .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر في القاعدة الخامسة والعشرون [١] :

« ما ثبت بالشرع مقدم على مـا ثبت بالشرط ، فلو قال : طلقتك بألف على ان لي الرجعة ، سقط قوله : بألف ، ويقع رجعياً ، لان المال يثبت بالشرط والرجعة بالشرع ، فكان اقوى » .

٢) وقال بعضهم بعدم الوقوع في حالة ما لو برأتـه من مهرها ، لانه لا سبيل لوقوع الخلع الا بصحة البراءة ، وصحتهـا تستلزم البينونة ، وهي تنافي قوله : انها رجعية .

٣) والقول الثالث ان الخلع بشرط الرجعة طلاق بائن بمهر المثل لان شرط الرجعة انما افسد العوض والخلع لا يفسد فساد العوض فلا يسقط في هذه الحالة بل يقوم مهر المثل مقام بدل الخلع الفاسد .

---

(١) الاشباه النظائر ص ٣٤٩ .

الصيغة عند الحنابلة :

اللفظ : ألفاظ الخلع عند الحنابلة ثلاثة الفاظ صريحة ومـا عداها كناية كناية ، فالالفاظ الصريحة في الخلع : الخلع والمفاداة والفسخ . وقالوا الخلع ورد به العرف . والمفـاداة جاءت في القرآن . والفسخ حقيقة فيه .

واما بقية الالفاظ التي تدل على هذه المعاني كالمبارأة والبينونة فهي كناية لا تقع الا بالنية .

العوض : لا خلاف في الخلع بعوض انه يقع بـه الطلاق بائناً ، وتلتزم الزوجة بالمال .

أما اذا كان الخلع بدون عوض : فعند الحنابلة روايتان عن أحمد بصحة الخلع بدون عوض : احداهما يجوز الخلع بدون عوض ويقع الطلاق بائناً . والرواية الثانية لا يصح الخلع بدون عوض ويكون اللفظ كناية ، فان كان قد نوى به الطلاق وقع رجعياً ، واذالم ينو فلا يقع شيء .

هذا مايذكره الحنابلة ؛ ولكني وجدت ان الروايتين كلًا منهما في حادثة معينة يختلف حكمها . وتبين لي ان الخلع عند الحنابلة بدون عوض اذا كان بطلب المرأة وسؤالها جائز ويقع به الطلاق بائنا . امـا اذا كان الخلع بدون عوض من جانب الرجل دون ان تطلبه الزوجة كان اللفظ فيه كناية لا يقـع الا بالنية ويقع رجعيا ان نوى الطلاق .

والروايتان في المغني في جواز الخلع بدون بدل [١] :

١)الرواية الاولى رواهاعبد الله عن ابيه قال : قلت لأبي : رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال : قد خلعتك : قال : يتزوج بها ويجدد نكاحا جديدا وتكون عنده على ثنتين . من هذه الرواية استدل الحنابلة على أن الخلع بدون عوض جائز ويقع به الطلاق .

---

(١) المغني ٨/١٩٤ .

وعلل ذلك ابن قدامه : بان الاصل في مشروعية الخلع تحقيق رغبة المرأة بانفصالها عن زوجها لحاجتها الى فراقه فتسأله الطلاق فاذا اجابها حصل المقصود من الخلع سواء أكان بعوض ام بغير عوض.

٢) الرواية الثانية [١] — لا يكون خلع الا بعوض . وهذه رواية عن الامام احمد ايضاً رواها مهنا قال : اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعاً الا على شيء الا ان يكون نوى الطلاق فيكون مانوى . استدل الحنابلة بهذه الرواية عن ان الخلع بدون عوض لا يكون خلعاً .

ومن هاتين الروايتين نلاحظ ان الرواية التي اعتبر فيها الخلع بدون عوض خلعاً كانت بناء على طلب المرأة الخلع . والرواية الثانية التي اعتبر فيها الخلع بدون عوض كانت بناء على طلب الزوج . والفرق واضح فحين تطلب المرأة الطلاق فانما ذلك لحاجة في نفسها الى مفارقة زوجها والخلع شرع لهذا اذا ابغضت الزوجة زوجها كما روي عن الامام احمد .

وأما في الحالة الثانية فالرجل هو الذي طلب الخلع وهو يملك الطلاق سواء رضيت الزوجة أم لم ترض .

ويؤيد تفسيري هذا ما رواه ابو بكر من الحنابلة قال : « لا خلاف عن ابي عبد الله ان الخلع ما كان من قبل النساء . فاذا كان قبل الرجال فلا نزاع في انه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخاً [٢] . »

وبهذا يتضح لنا ان مذهب الحنابلة يشابه مذهب الشافعية . ففي الالفاظ الصريحة والكنائية لا يختلف المذهبان . وفي وقوع الخلع بدون عوض أرى ان المذهبين متشابهان فالشافعي يعتبر الخلع بدون عوض اذا التمس الزوج

---

(١) المصدر السابق ٨/١٩٠.
(٢) الانصاف ٨/٣٩٦ .

موافقة المرأة فهو خلع . والحنابلة يعتبرون الخلع بدون عوض اذا كان بطلب من المرأة. فكأن المراد في كل من المذهبين القول بان الخلع بدون عوض اذا كان بطلب المرأة او رغبتها او لتحقيق حاجتها بالفرقة فلا خلع ولو كان بدون عوض مع فارق من حيث وجوب مهر المثل في هذه الحالة عند الشافعية . اما اذا كان على غير ذلك فلا يكون خلعاً بل اللفظ فيه لفظ كناية لا يقع الطلاق به الا بالنية.

ويتفق المذهبان في ان لفظ الكناية يقع به الطلاق رجعياً .

ويختلف المذهبان في ان الراجح او الصحيح عند الشافعية ان الخلع طلاق والصحيح عند الحنابلة انه فسخ .

• • •

التكييف الفقهي للخلع عند الحنابلة

والخلع معاوضة من الجانبين ما لم يكن الايجاب بالخلع صادراً من الزوج بصورة تعليق فانه حينئذ يكون تعليقاً .

واحكام المعاوضة في الحالة الاولى تسري عليها احكام الايجاب والقبول وتوافقهما والتراضي[١] .

١) فلكل من الزوجين الرجوع عن ايجابه قبل قبول الآخر .

٢) ويتقيد القبول بالمجلس .

٣) يشترط موافقة الايجـاب للقبول هذا اذا كانت صيغة الخلع غير معلقة بأن كانت منجزة .

وأما التعليق فعلى الرأي الراجح بأن الخلع فسخ ففيه خلاف حول قابلية الفسخ للتعليق ارجحها انه لا يجوز[٢] .

---

(١) المقنع ٢١٠.

(٢) جاء في الانصاف ٨/١٢ : لايصح تعليقه بقوله : ان بذلت لي كذا لقد خلعتك وقال في باب الشروط في البيع . ويصح تعليق الفسخ بشرط . وقال ابو الخطاب والشيخ تقي الدين: لا . قال ابن نصر في حواشيه : عدم الصحة اظهر لان الخلع عقد معاوضه يتوقف على رضا المتعاقد به فلا يصح تعليقه بشرط كالبيع .

وعلى القول بصحة تعليق الخلع :

١) لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة .

٢) ولا يتقيد القبول بالمجلس .

٣) ويشترط موافقة الايجاب للقبول .

جاء في المغنى[١] : وتعليق الطلاق على شرط تعطيه او الضمان او التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل الى دفعه . فان الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو على التراخي .

وقال في الشرح الكبير[٢] : وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فمتى اعطته على صفة يمكنه القبض فيه وقع الطلاق .

صيغة الخلع عند الزيدية :

ذهب الزيدية الى ان الخلع يكون صريحاً في الطلاق ويكون كناية لايقع الا بالنية لانه يحتمل اكثر من معنى .

ففي الروض النضير[٣] : انه لو قال لها خالعتك فكناية خلع وقيل صريح .

ومثل ذلك في المنتزع المختار[٤] – فقد ذكر ان لفظ المخلع كناية والطلاق على مال صريح ولكنه قال عن بعض فقهاء الزيدية ان لفظ الخلع والمباراة صريح لا كناية .

وامام هذا الاختلاف حول صيغة الخلع هل هي صريحة ام كناية فقد رجعت الى اكثر من كتاب فوجدت نصاً في البحر الزخار يوضح ذلك قال[٥] :

---

(١) المغني ٢٠٠/٨ .

(٢) الشرح الكبير ٢٠٧/٨ .

(٣) الروض النضير ١٦٧/٤ .

(٤) المنتزع المختار ٤٥٠/٢ .

(٥) البحر الزخار ١٧٩/٣ .

ولفظ الخلع كناية فيقبل قوله انه اراد غير الطلاق لاحتماله إذ الظاهر خلافه ، وان اتى به عقيب ذكر العوض لم يقبل قوله اذ هو قرينة للطلاق .

والذي فهمته من هذا النص ان الاصل في الخلع انه كناية فلا يقبل فيه الطلاق الا بالنية لانه يحتمل اكثر من معنى الا انه اذا اقترن الخلع بالعوض اصبح صريحاً ولا يقبل احتمالاً آخر ، فكأن المال قام مقام النية واعتبر قرينة عليها .

والفرق بين الخلع والطلاق على مال انهم قالوا : ان وقع بلفظ الطلاق صحت الرجعة لعموم قوله تعالى : « وبعولتهن احق بردهن » وان كان بلفظ الخلع او ما في معناه كالمباراة فلا رجعة لاقتضائها عدم الرجعة[1] .

نوعا الخلع :

يقسم الزيدية الخلع الى قسمين : الخلع بعقد والخلع بشرط .

١ - فالخلع بعقد :

هو عقد بين الزوجين على حل عقدة الزواج ببدل تدفعه الزوجة لزوجها كقوله خالعتك على الف فتقول قبلت ويشترط فيه ما يشترط في سائر العقود من حيث الايجاب والقبول في مجلس العقد او مجلس العلم به . وعلى هذا فشروطه :

١) لا بد فيه من الايجاب والقبول سواء أكان الزوج هو الموجب ام الزوجة ويغني فيه السؤال اذا تقدم عن القبول[2] .

٢) كما يشترط فيه مطابقة الايجاب للقبول فلو قال لها طلقتك ثلاثا بالف فقالت قبلت واحدة بثلاثة لم ينعقد اذ لم يرض ببينونتها الا بالف . فان قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة وقعت ولزمه الالف .

---

(١) الروض النضير ١٦٧/٤ .

(٢) البحر الزخار ١٧٩/٣ .

٣) واما من حيث رجوع احدهما قبل ايجاب الآخر : فان كان الموجب هو الزوج فلايجوز له الرجوع قبل ايجاب الزوجة لانه لايجوز له الرجوع عن الطلاق ، لما فيه من معنى الرجوع عن الطلاق .

وتردد الامام يحيى في جواز رجوعه عن ايجابه لما فيه من معنى المعاوضة[١].

وان كانت الزوجة هي الموجبة فلها ان ترجع عن ايجابها لان الخلع بالنسبة اليها معاوضة والطلاق ليس بيدها .

٢ - الخلع بشرط :

هو ان يعلق ايجابه او طلاقه على حصول امر فلا يعتبر فيه قبولها باللفظ قبل حصول الشرط .

كان يقول لها : ان اعطيتني او متى اعطيتني الفاً فانت طالق او تقول له ان طلقتني او متى طلقتني فلك مني الف .

وشروطه : ان كان الزوج هو الموجب :

١) فلايقع الطلاق الا حين وجود الشرط سواء كان في مجلس القبول او بعد ذلك . وفي رواية عن الامام يحى :

« يشترط وجود الشرط المعلق عليه في مجلس الايجاب . »

والرواية الثانية : انه لايشترط ذلك وهو رأي جمهور الزيدية .

٢) ومتى علق الزوج الخلع على شرط ما فلايجوز له ان يرجع عن ذلك. كما لو علق الطلاق بدون عوض على شرط .

وان كانت الزوجة هي الموجب والخلع من ناحيتها معاوضة وتمليك ، جاز لها الرجوع قبل ايجاب الزوج سواء في نفس المجلس ام بعد ذلك لان المجلس لايتقيد الا في الخلع بعقد .

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٣٨ .

وجاء في البحر الزخار[1] : ـ

« ولا يصح الرجوع فيه من الزوج كالطلاق المطلق بخلاف المعقود . ولها الرجوع قبل القبول في الشرط والعقد جميعاً . فلو قالت : ان طلقتني فقد ملكتك هذا ثم رجعت قبل الطلاق صح اذ ليس برجوع في الطلاق بل في التمليك قبل ابرامه فصح .

قلت : بل المذهب ان لارجوع للزوج مطلقاً اذ هو كالرجوع في الطلاق واما هي فلها الرجوع في العقد قبل قبوله اذ ليس رجوعاً عن مال فأشبه البيع بخلاف الشرط اذ ليس بعقد الا بالفعل فلم يشبه العقد بالبيع .

والفرق بين الخلع بعقد والخلع بشرط فاني الخصها من التاج المذهب[2] :

١) انه لابد في الخلع بعقد من القبول في مجلس العقد او مجلس العلم به والا لم يصح بخلاف الشرط .

٢) انه يعتبر نشوز الزوجة في الخلع بالعقد حال القبول اما الخلع بالشرط فانه يعتبر حال حصول الشرط .

٣) ان الخلع بالعقد تلحقه الاجازة .فلو قام فضولي بالايجاب نيابة عن الزوج او الزوجة فأجاز هذا فقبل الطرف الاخر وقع الطلاق .

٤) انه يصح الرجوع لملتزم العوض سواء أكانت هي ام غيرها في العقد قبل الطلاق من الزوج اذا تقدم منها او من غيرها الطلب . بخلاف الشرط فلا يصح الرجوع فيه من ملتزم العوض واما الزوج فلا يصح رجوعه فيها .

• • •

شرط الرجعة في الخلع عند الزيدية

لايجوز عند الزيدية شرط الرجعة في الخلع لانه يتنافى مع المقصود من

---

(١) البحر الزخار ٣/١٧٧ .

(٢) التاج المذهب ٢/١٧٨ .

الخلع وهو البينونة ولهذا قالوا اذا شرط الزوج الرجعة في الخلع بطل الشرط. وفرقوا بين حالتين: اذا اتبع الصيغة بالشرط فلا خلاف ان الشرط لاغ وأما اذا اقترنت الصيغة بالشرط ففي الغاء الشرط اختلاف. الصحيح انه يلغو الشرط أيضاً ويصح الخلع.

قال في المنتزع المختار[1]:

اذا شرط في عقد الخلع ان يكون له الرجوع عليها، صح الخلع ويلغو شرط صحة الرجعة اي يبطل. فلو قال: خالعتك على الف فقبلت ثم قال ولي عليك الرجعة ايضاً لغا الشرط بلا خلاف.

واما اذا قال خالعتك على الف على ان تكون لي الرجعة عليك فالصحيح انه يلغو الشرط أيضاً ويصح الخلع. وقيل يكون تطليقه رجعية. والاصح الاول.

صيغة الخلع لدى الجعفرية:

الفرقة على مال عند الجعفرية تكون بالفاظ عدة تختلف احكامها في بعض المسائل بعضها عن بعض وهي: الخلع والمباراة، وما يشتق منها. والطلاق على مال.

فالخلع يكون حين تنفرد الزوجة بكراهتها للرجل.

والمباراة حين تكون الكراهية من جانب الزوجين.

اما الطلاق على مال فلايشترط فيه الكراهية.

واما من حيث انعقاد الخلع بين الطرفين ففيه اقوال واحكام عدة[2].

١) قيل انه عقد معاوضة ينعقد بايجاب وقبول في نفس المجلس ومقتضى

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٤٨.

(٢) الاستبصار ٣/٣١٩ التهذيب ٢/٢٧٦ الكافي ٢/١٢٣.

ذلك ان تسري عليه أحكام العقود في المعاوضات[١] .

٢) وقيل يكفى سؤال الزوجة زوجها الطلاق فيجيبها الى ذلك .

٣) وقال بعضهم ان الخلع لايجوز ولا ينعقد الا بعد ان تقول الزوجة لزوجها لا اغتسل لك من جنابة ولا اقيم لك حداً ولأطئن فراشك من تكرهه ..

٤) وقال بعضهم لايجوز ان يكون الموجب في عقد الخلع الزوج بل لابد ان تكون الزوجة هي التي تطلب منه ذلك من غير ان يضر بها .

وعلى هذا القول اذا خالعها دون كراهة منها لايصح الخلع . ولا يملك العوض . ويقع الطلاق رجعياً . وسيأتي بحث شرط الكراهية .

. . .

هل يقع الخلع بمجرد الايجاب والقبول ام لابد من اتباعه بالطلاق :

اختلف الجعفرية في وجوب اتباع عقد الخلع بين الزوجين بلفظ الطلاق على قولين :

١ - قيل انه يقع بلفظ المخالعة اذا ماتم قبولها .

٢ - وقل لايقع الا اذا اتبعه بطلاق مادامت الزوجة في العدة[٢] .

وجاء في المختصر النافع[٣] وفي وقوعه مجردا قولان :

---

(١) وعقد الخلع في رأي انه عقد غير لازم عند الجعفرية مادامت في العدة لان الزوجة ان ترجع في البذل مادامت فى العدة .

(٢) لم اجد تعليلا لما ذهب اليه الجعفرية في وجوب اتباع لفظ الطلاق بعد الخلع الا انه من الممكن أن نقول أن صيغة التعليق في الطلاق عندهم لاغية لاتصح ؛ فالتعليق باطل لايقع به طلاق ولعل في صيغة الخلع مجرداً بعض التعليق . فهو تعليق الطلاق على دفع المال .

وهنا أشير الى ناحية هامة لم اجد احداً تعرض اليها وهي هل تحسب هذه الطلقه في العدة طلقة ثانية ام لا ؟ . قد يظن لاول وهلة انها طلقة ثانية ولكن الشيعة الجعفرية لايوقعون الطلاق في العدة فهي طلقة الخلع ولذلك فهي طلقة واحدة ، اذ لم يعتبروا الخلع طلقة الا في اتباعها بهذه الطلقه .

(٣) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

قال علم الهدى : نعم وقال الشيخ لا حتى يتبع بالطلاق . ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى ، وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً .

جاء في **مختلف الشيعة**[1] **والصحيح** من مذهب اصحابنا ان الخلع بمجرده لايقع ولا بد من التلفظ بالطلاق .

وفي اصحابنا من قال : لايحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه .

وقال في السرائر[2] : فاما ما ذهب اليه بعض اصحابنا الى انه تقع الفرقة بمجرد الخلع دون ان يتبع بطلاق فغير معتمد لان الاصل الزوجية فمن ابانها بهذا يحتاج الى دليل ولا دليل له من كتاب ولا سنة أو اجماع .

وقال في اللمعة الدمشقية[3] : وصيغة الخلع ان يقول الزوج خلعتك على كذا ثم يتبعه بالطلاق على القول الاقوى .

وقال صاحب الروضة البهية[4] :وذلك لرواية موسى بن بكير عن الكاظم قال : المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في عدتها .

« وقيل يقع بمجرده من غير اتباعه به ، ذهب اليه المرتضى وابن الجنيد وتبعهم العلامة في المختلف لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع انه قال للرضا في حديث قد روى انها لاتبين حتى تتبع بالطلاق قال : ليس ذلك خلعاً .

فقلت تبين منه قال : نعم . »

وسواء أكان الخلع متبوعاً بالطلاق ام لا . اي على كلا القولين لابد من قبول المرأة عقيبه .

. . .

---

(١) مختلف الشيعة ص ٤٤ .

(٢) السرائر ص ٣٥٠ .

(٣) اللمعة الدمشقية ص ٢/١٦٣ .

(٤) الروضة البهية ص ٢/١٦٢ .

ملاحظاتنا على ماجاء في الروضة البهية :

ان ملخص ماجاء في هذا النص : ان لدى الجعفرية قولان بوجوب اتباع الخلع بالطلاق .

١ ــ فبعضهم قال لابد من ان يتبع الخلع بالطلاق لرواية موسى بن بكير عن الكاظم .

٢ ــ وبعضهم قال يقع بمجرد صيغة الخلع ولا يحتاج الى طلاق لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع .

ومن ذهب الى هذا الرأي العلامة في المختلف .

١) وقد رجعت الى كتاب مختلف الشيعة فلم اجد رأي الشيخ كما نقل صاحب الروضة ، بل جاء فيه : والخلاف الصحيح في مذهب اصحابنا ان الخلع بمجرده لا يقع ، ولا بد من التلفظ بالطلاق . وفي اصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه [١] .

ثم رجعت الى كتب الأحاديث فوجدت الحديثين اللذين اعتمد عليهما في نقل المذهب :

أ ــ الاول وجدته في التهذيب [٢] ، ونصه : المختلعة يتبعها الطلاق مادامت في عدتها .

ب ــ والثاني وجدته في الاستبصار [٣] ، ونصه : عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع ، هل تبين منه بذلك ؟ او هي امرأته ما لم يتبعها الطلاق ؟ فقال : تبين منه ، فان شاء ان

---

(١) مختلف الشيعة في مخطوطات الجامعة العربية ويوجد نسخة منه في دار التقريب ص ٤ .

(٢) التهذيب ٢/٢٧٢ وسنده : مارواه على بن الحسن به علي عن على بن الحكم وابراهيم بن ابي بكر بن أبي سماك عن موسى بن بكر عن أبي الحسن الاول عليه السلام قال : ...

(٣) الاستبصار ٣/٣١٨.

يرد اليها ما اخذ منهـا وتكون امرأته فعل . قلت : انه قد روي أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق . قال : ليس ذلك خلع . فقلت تبين منه ؟ قال : نعم [1].

والشيء الذي لفت نظري ماعلق به الطوسي على هذا الحديث حيث قال [2] :

« فالوجه في هذا الخبر ايضاً ما قدمناه من حمله على التقية ، ويكون قوله ليس ذلك اذا خلع ـ يعني عندهم ـ ولا يكون المراد بذلك ان ذلك ليس بخلع عندنا .. »

ولكن أئمتهم المعاصرين قالوا : يجمع بين صيغة الخلع وصيغة الطلاق معاً . فقد جاء في المذاهب الخمسة [3]: « ان شاء جمع بينهما، واكتفى بواحدة ، فتقول : هي بذلت كذا لتطلقني ، فيقول هو : خلعتك على ذلك فأنت طالق . وهـذه الصيغة هي الاحوط والأولى عند جميع الإمامية » .

المبارأة :

وأما المبارأة : فلا بد فيها من اتباع الطلاق ، وصيغتها ان يقول الزوج : بارأتك على ألف . فتقول : قبلت . وهي تترتب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه ، بخلاف الخلع حيث يشترط ان تكون الكراهية من الزوجة [4]. جاء في مختلف الشيعة [5] :

قال الشيخ في التهذيب والاستبصار : الذي أعمل عليـه في المبارأة انه لا

---

(١) الاستبصار ٣/٣١٨ .

(٢) المذاهب الخمسة ١٦٣.

(٣) وجاء في مختلف الشيعة ص ٤٣ وروى الصدوق في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : عدة المختلعة عدة المطلقة وخلعها طلاقها . وهي تجزي من غير أن يسمى طلاقا .

(٤) المختصر النافع ص ٢٢٨ .

(٥) مختلف الشيعة ص ٤٤

يقع بها فرقة ما لم يتبعها بالطلاق ، وهو مذهب جميع اصحابنا المحصلين من تقدم منهم ومن تأخر .

وقد رجعت الى التهذيب[1] ، فوجدت حديثاً عن ابي عبدالله عليه السلام قال : المباراة تبين من غير ان يتبعها الطلاق .

كما رجعت الى الاستبصار[2] ، فوجدت ايضاً حديثاً عن ابي جعفر عليه السلام يقول : المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما ، لأن العصمة بينها قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج .

وقد وجدت بعد هذا تعليقاً اثبته بنصه ، لعل اخواننا الشيعة يجدون فيه بعض ما وجدت ، فيعملون على ما أرجوه لهم ويرجوه كل مخلص لهذا التراث الفقهي الثمين :

قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار اوردناها على ما رويت ، وليس العمل على ظاهرها ، لان المباراة ليس يقع بها فرقة من غير طلاق ، وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في ان يقع بائناً لا يملك معه الرجعة ، وهو مذهب جميع فقهاء اصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لا نعلم خلافاً بينهم في ذلك . والوجه في هذه الاخبار ان نحملها على التقيه لانها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به[3] .

وعلى كل فهذا الذي جاء في كتب الاحاديث التي اشاروا اليها في كتب الفقه عندهم ، وتلك اقوالهم التي نقلوها الينا ، على ان الامر مجمع عليه تقريباً في ان المباراة يجب ان يتبعها طلاق .

---

(١) التهذيب ٢/٧٨ وسنده التهذيب : عن جعفرية محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله قال :- ...

(٢) الاستبصار ٣/٣١٩ وسنده الاستبصار : عن عمرو بن عثمان عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن عمر ان قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول : ...

(٣) الاستبصار ٣/٣٢٠ ومذهب العامة عندهم : مذاهب جماهير المسلمين ويعنون خاصة مذاهب أهل السنة والجماعة .

وتمشياً مع القواعد العامة لمذهبهم فالعبرة لما جاء في كتب الفقه لا ما جاء في كتب الاحاديث ، وخاصة اذا كانت كتب الفقه تأخذ عن كتب الاحاديث وتستنبط احكامها . ولأننا لانستطيع ان نقول : إنهم لم يطلعوا على هذه الاحاديث حتى نرجح في مذهبهم ماجاء في الحديث ، على اعتبار انه الاصل في استنباط الفروع . ولسنا في مجال الاجتهاد في مذهبهم حتى نصحح لهم ذلك . ولهذا فاني اعود الى ما جاء في كتب الفقه المتداولة عندهم .

قال في المختصر النافع[1] : ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر.

والفرق بين الخلع والمبارأة عندهم :

١) لا يجوز في المبارأة ان يأخذ الزوج منها اكثر مما اعطاها .

٢) يجب اتباع المبارأة لفظ الطلاق على قول الاكثر .

٣) لا يجوز المبارأة الا حين وجود الكراهة من جانب الزوجين ، أما الخلع فيشترط ان تكون من جانب واحد .

ويتفقان :

١) من حيث ان شروطهما شروط الطلاق « القصد والاختيار والطهر والشهود » ـ وقد مر معنا ذلك في باب الطلاق بالارادة المنفردة ـ

٢) في كل من الخلع والمبارأة يجوز للمرأة ان ترجع عن البذل ما دامت في العدة ، فيراجعها زوجها ان شاء . وسيأتي شرح ذلك .

مانقله الاستاذ الشيخ علي الخفيف في هذا الموضوع :

يقول الاستاذ الخفيف [2] : فاذا خلت صيغة المبارأة من لفظ الطلاق لم يقع بها شيء اجماعاً .

ولعل استاذنا اكتفى بما جاء في كتاب الشرائع : وتقف الفرقة في المبارأة على التلفظ بالطلاق اتفاقاً منا وفي الخلع على الخلاف .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٨ .

(٢) فرق الزواج ص ١٤٩ .

ان سبب الخلاف في النقل عن المذهب الجعفري يعود الى المذهب نفسه ، والى مبدأ التقيه، الذي يسير عليه الفقه الجعفري . وقد تتبعت هـذا الموضوع فأسفت لمـا وصلت اليه من ان اخواننا الشيعة يذكرون الاحاديث ويسمونها الاخبار عن أئمتهم ، لانهم لا يروون عن غيرهم ، فاذا ماتعارض حديثان فسرعان مايردون الحديث الذي رواه الجمهور جمهور اهل السنة ويسمونهم العامة . وفي هذا منتهى الغرابة ، فان الصحة يجب ان تكون مجردة ، لان الاحكام بأدلتها وحجيتها ومصادرها ، لا بمخالفتها لمذهب العامة .

واسوق على سبيل المثال بعض ما جاء في باب الخلع والمبارأة :

جاء في الاستبصار فيما اختلف من الاخبار في الجزء الثالث القسم الاول[1]، وفي التهذيب [2] ، وفي الكافي[3] ، عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمر عن ابي أيوب عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

المختلعة التي تقول لزوجهـا : اخلعني وانا أعطيك ما اخذت منك . فقال : لا تحل له ان يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لا أبر لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولأذننّ في بيتك بغير اذنك ولأوطئن فراشك غيرك فاذا فعلت ذلك من غير ان يعلمها حل له ما اخذ منها ، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت بائناً بذلك ، وكان خاطباً من الخطاب .

ثم جاء في التهذيب[4] والاستبصار[5] :

ما رواه علي بن الحسن عن علي بن الحكم وابراهيم بن ابي بكر بن أبي

---

(١) الاستبصار ص ٣١٥ .

(٢) التهذيب ٢/٢٧٦ .

(٣) الكافي ٢/١٢٣ .

(٤) التهذيب ٢/٢٧٦ .

(٥) الاستبصار ٣/٣٩٧ .

سماك عن موسى بن بكر عن ابي الحسن الاول عليه السلام قال :

المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها .

وهنا يقول الطوسي : فإن قيل : فما الوجه في الاحاديث التي ذكرتها وما تضمنت من ان الخلع تطليقة بائنة ، وانه اذا عقد عليها بعد ذلك كانت عنده على تطليقتين وانه لا يحتاج الى ان يتبع الطلاق وما جرى مجرى ذلك من الاحكام ، قيل له : الوجه في هـذه الاخبار **ان نحملها على ضرب من التقية ، لأنها موافقة لمذهب العامة .**

وفي المباراة : جاء في التهذيب [1] وفي الاستبصار[2] .

عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام قال : المباراة تبين من غير ان يتبعها الطلاق .

وفي عبارة : جاء وبما رواه محمد بن ايوب عن ابن بكر عن عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

ما سمعت فيما يشبه قول الناس فيه التقيـة ، وما سمعت مني لا يشبه قول فلا تقية فيه .

ويقول الطوسي : والقول بأن الخلع يقع في بينونة يشبه قول الناس ، فينبغي ان يكون محمولاً على التقيه .

ومرة ثانية نقول لاخواننا الشيعة الجعفرية نقحوا كتبكم من هذه الامور فلم يعد للتقيه موضعاً بعد ان زالت اسبابها .

---

(١) التهذيب ٢/٢٧٨ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٩ .

شرط الرجعة عند الجعفرية :

ان عقد الخلع عند الجعفرية وان لم يكن لازماً بالنسبة للزوجة الا أنه عقد لازم بالنسبة للزوج فلو شرط في الخلع على أن يكون له حق الرجعة بطل الشرط لأنه وان كان يجوز له الرجوع ولكن هذا مقيد بما بعد رجوع الزوجة بما دفعته. ولهذا قال في الجواهر[1]:

لو خالعها وشرط الرجوع لم يصح الشرط لكونه مخالفاً للسنة المستفيضة لكون الخلع طلاقاً بائناً.

وهناك قول بالجواز.

جاء في مختلف الشيعة في باب الخلع وقال ابن حمزه: يجوز ان يشترط الزوج الرجوع[2].

* * *

شرط الاشهاد عند الشيعة الجعفرية :

لا يقع الطلاق عند الجعفرية الا بحضور شاهدين عدلين كما سبق وذكرنا ذلك. والخلع فرقة بين الزوجين وقالوا انه طلاق ولهذا فقد أوجبوا فيه شرط الاشهاد كما أوجبوا في الطلاق وقالوا لا يقع الخلع الا أمام شاهدين عدلين.

جاء في المختصر النافع[3]: ويعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين.

وجاء في جواهر الكلام[4]: لا يكون خلع ولا مباراة الا على طهر من المرأة من غير جماع وشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير واقرار المرأة انها على طهر من غير جماع يوم خيرها.

---

(١) جواهر الكلام ٥/٣٦٣.

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٤.

(٣) المختصر النافع ص٢٢٧.

(٤) جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥.

الصيغة والتكييف الفقهي عند الظاهرية :

الخلع عقد بين الزوجين عند الظاهرية فيجب ان تتوفر فيه سائر الشروط في عقود المعاوضات من حيث التراضي وموافقة الايجاب للقبول .

على ان الظاهرية اشترطوا شرطين لايصح الخلع بدونهما : اذا خافت ان لاتوفيه حقه او خافت ان يبغضها فلا يوفيها حقها .

ولم يفرقوا في الالفاظ بين لفظ الخلع او لفظ المفاداة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد هو أن تدفع الزوجة برضاها اذا كرهت زوجها مبلغاً من المال لقاء طلاقها .

جاء في المحلى[1] : الخلع وهو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لاتوفيه حقه او خافت ان يبغضها فلا يوفيها حقها ، فلها ان تفتدى منه ويطلقها ان رضي هو والا لم يجبر هو ولا اجبرت هي انما يجوز بتراضيهما ، ولايحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين او باجتماعهما ، فان وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما اخذ منها وهي امرأته كما كانت ، ويبطل خلافه ، ويمنع من ظلمها فقط ولها ان تفتدي بجميع ماتملك .

* * *

شرط الرجعة عند الظاهرية :

ان الخلع عند الظاهرية طلاق رجعي ولهذا لامجال للنص على هذا الشرط فهو مشروط حكماً بحكم الشرع . فاذا راجع الزوج زوجته بعد الخلع وهي في العدة فعليه ان يدفع لها عوض الخلع كاملا ، الا انهم قالوا ان للزوج ان يشترط على زوجته حين الخلع ان لارد للعوض فيما لوراجعها ، فاذا قبلت بذلك فلا يرد للعوض لوراجعها والشرط صحيح[2] .

---

(١) المحلى ١٠/٢٣٠
(٢) المصدر السابق ١٠/٢٤٠ .

الصيغة والتكييف الفقهي عند الاباضية :

الفرقة بين الزوجين على مال تتم عند الاباضية بالفاظ متعددة كالخلع والفداء والمباراة والصلح ، وقيل أنها كلها بمعنى واحد وقيل أنها تختلف باختلاف كل لفظ عن الآخر من حيث العوض[1] .

والخلع هذا اتفاق بين الزوجين يتم بايجاب وقبول فلايصح مع عدم التراضي بينهما ويشترط موافقة الايجاب للقبول .

قال في شرح النيل[2] : وان ابرأته منه فقام ولم يقبل ثم قبل فالاكثر على جوازه. وقيل بالمنع بعد المجلس وعليه فلا يكون ذلك فداء. والصحيح الاول. وان رجعت قبل أن يقبل فلا قبول له بعد وقيل له . واذا قام ولم يقبل فقيل يجبر على أن يقبل أو يرد وقيل فاته القبول .

والفرقة بين الزوجين طلاق بائن اذا كانت على عوض . ولكن اذا اتفق الزوجان في العدة على المراجعة صح الاتفاق وعادت الزوجية. ان لم تكن الطلقة الثالثة او كان قبل الدخول فلاتجوز المراجعة .

جاء في شرح النيل[3] :

وصحت مراجعة الفداء باشهاد في عدة على رد صداق لها وقبول ورضى منها عند الاكثر بأي لفظ مفهم للمراد بلا اجمال ، ولا الباس مثل ان يقول : هذه امرأتي من قبل قد افترقنا بالفداء اشهدوا اني رددت لها مالها على الرجعة. وتقول اشهدوا اني قبلته عليها ويقول اشهدوا اني رجعت اليها أو راجعتها .

---

(١) جاء في شرح النيل ان الفداء : فرقة بين الزوجين بردها اليه صداقها وقبوله اياه والخلع فرقة بينهما بردها بعضه وقبوله . وقيل : الخلع والفداء والفدية والصلح والمباراة سواء تقع بالبعض والكل وأكثر منه. وقيل : انهن بمعنى واحدوهويذل المرأة العوض على طلاقها ، الا ان اسم الخلع يختص ببذلها جميع ما اعطاها والصلح ببعضه ؟ والفدية والفداء بأكثر والمباراة اسقاطها عنه حقا لها عليه ٣/٤٨٠ .

(٢) شرح النيل ٣/٤٨٣ .

(٣) شرح النيل ٣/٥١٠-٥١١ .

ويعلل الاباضية اشتراط رضا الزوجة بالمراجعة مع ان للزوج الحق المطلق في مراجعة زوجته اذا ماطلقها طلاقاً رجعياً دون ان يأخذ رأي الزوجة في الموضوع بقولهم :

«وانما اشترط في مراجعة الفداء رضا المرأة دون مراجعة الطلاق لأن الفعل في الطلاق من الرجل وحده فكان كذلك في المراجعة عليها بخلافها في الفداء لانه انما وقع بهما معاً فكانا مشتركين فيها أيضاً .»

* * *

المطلب الثالث ــ رأينا في صيغة الخلع [1]

من حيث اللفظ :

الذي يبدو لي ان المذاهب التي عينت للخلع الفاظا فقالت لايكون الخلع الا بها ،قدجانبت الصواب . فمصادرالخلع كما جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية ليس فيها ما يدل على لفظ معين . بل ان القرآن الكريم لم يأت بلفظ الخلع بل ذكر المفاداة . والاحاديث التي جاءت عن امرأة ثابت بن قيس دلت على الفاظ مختلفة فرواية تقول: خل سبيلها . ورواية تقول طلقها ، وأخرى: ففارقها . وهكذا فتقييد الخلع بلفظ أو لفظين لامعنى له. هذا من جهة المنقول ومن جهة المعقول فان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني .

من حيث العوض :

ثم الذين اجازوا الخلع بدون عوض فهذا أيضا يخالف حكمة التشريع من الخلع لان الخلع كما فهمنا من مصادره انه عقد بين رجل وامرأة على انهاء الحياة الزوجية لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

فاذا خلا الخلع عن عوض كان طلاقا فخرج عن اسم الخلع ولا يجوز ان نقول: خلع بعوض وخلع بدون عوض لأن الخلع فيه مشاركة بين رجل وامرأة على أمر ليس هو الطلاق فحسب ، لان هذا يملكه الرجل بدون رضا الزوجة . فالقرآن الكريم سماه افتداء والافتداء لا يكون بدون عوض . والرسول الكريم أمر امرأة ثابت ان ترد لزوجها حديقته فمن اين اتوا بجواز الخلع بدون عوض .

---

(١) أطلت قليلاً في بحث صيغة الخلع لاني وجدت النقول مضطربة كثيراً في هذا الموضوع الهام ، حتى ان المؤلفات القديمة غير محررة إذ يختلف بعضها عن بعض في الصيغة التي ينعقد بها الخلع ،وفي تحريرنا هذه النقول وخاصة في التكييف الفقهي للخلع مايسهل علينا استنباط كثير من الاحكام الفقهية التي ترتكز على الصفة الشرعية للخلع .

أما ما ذهب اليه الاحناف من التفرقة بين الطلاق على مال والخلع بما خالفوا به الجمهور فلا نجد لهذه التفرقة مبرراً فكل فرقة على عوض بأي اسم كانت هي خلع . ولهذا فقد وجدنا بعض المؤلفات في المذهب الحنفي لم تحدد هذه التفرقة كما ان الامام محمد بن الحسن قال : لا تفرقة بينهما .

والى هذا ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها رقم ٢٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٩/٢١ حيث قالت فيه : اذا كان الطلاق مقابل مال ، كان ذلك مخالعة .

التكييف الفقهي :

وما ذكره الاحناف من ان الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة مبني على أساس صحة تعليق الطلاق . ونحن نرى عدم ضرورة هذا التعليق لما ذهبنا اليه في بحث التعليق في الطلاق .

ولهذا فاني ارى انه لا موجب للتفرقة بين لفظ الخلع او غيره من الالفاظ كالمفاداة أو المباراة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد .

وكذلك فان البدل ضروري في الخلع لان الخلع هو اتفاق بين رجل وامرأة على انهاء حياتهما الزوجية لقاء عوض تدفعه له ، فاذا خالع الرجل زوجته بدون عوض لم يكن هذا خلعا بل كان طلاقا له حكم الطلاق لانه لفظ كناية يقع به الطلاق وهو طلاق رجعي خلافا لما ذهب اليه الاحناف .

واخيرا فاني ارى ان يكون تكييف العلاقة بين الزوج والزوجة في عقد الخلع عقد معارضة محضة بين الطرفين كما ذهب الى ذلك المالكية وفريق من الشافعية والحنابلة . وهذا يتفق مع ماسوف نرجحه من ان الخلع فسخ لا طلاق اذ لا دخل للتعليق فيه .

الفرع الثاني

الزوج

شروط الخالع :

من جاز طلاقه جاز خلعه لان من جاز طلاقه بدون عوض فطلاقه بعوض يجوز بالاولى ولا مجال للاطالة في هذا البحث فقد سبق أن ذكرنا شروط المطلق [1] .

غير اننا نستعرض بايجاز خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه والمريض مرض الموت .

المطلب الاول — خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه

لم يفرق جمهور الفقهاء بين الطلاق والخلع من حيث اهلية الزوج وها نحن ننقل نصوص المذاهب في ذلك .

المالكية :

قال الخرشي [2] — ولو كان الزوج سفيها فالخلع جائز وطلاقه نافذ لانه

---

(١) قال في الإنصاف ٣٨٦/٨ ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه .
وقال الجعفرية في المذاهب الخمسة : يشترط البلوغ والعقل في الزوج للخلع. وقال في الجواهر ٣٥٥/٥ يعتبر في الخلع شروط اربعة : البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد .
وقال الشافعية في مغني المحتاج : وركن الخلع : زوج ينفذ طلاقه بأن يكون عاقلاً مختاراً .

(٢) شرح الخرشي ١٥٥/٣ وقال: ويجوز صدور الطلاق من ولي الصغير سواء كان أباً او وصياً او سلطانا او نائباً على وجه النظر في الجميع .

اذا كان له ان يطلق بغير عوض فبه أولى...ولا يجوز طلاق وليه عنه ولأن يخالع عنه .

وقال الدسوقي [1] : فان خالع بخلع المثل فالامر ظاهر وان خالع بدونه كان خلع المثل . ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه .

ولا يصح خلع الصبي والمجنون عند المالكية .

وقد نص الدردير على ان موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ومجنون [2] .

الحنابلة :

جاء في الانصاف [3] :

فان كان محجوراً عليه : دفع المال الى وليه ، هذا المذهب .

وقال : وفي صحة خلع المميز وجهان : احدهما يصح وهو المذهب . والثاني لا يصح . والخلاف هنا مبني على الخلاف في طلاقه .

الأحناف :

قال في المبسوط [4] :

«وخلع الصبي وطلاقه باطل لانه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره» .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤١٣ .

(٢) الدردير ٢/٤١٢

(٣) الإنصاف ٨/٣٨٦ .

(٤) المبسوط ٦/١٧٨ وقال السرخسي: وكذلك فعل ابيه عليه في الطلاق باطل لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة اليه وذلك لا يتحقق في الطلاق . هذا بعكس اذا كانت الزوجة صبية : واذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها لأن الزوج من اهل الايقاع ، وايجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال ان تكلمت فأنت طالق فتكلمت . ولكن لا يلزمها المال لانه التزام المال من الصبية لا يصح خصوصاً فيما لا منفعة لها فيه .

الشافعية :

قال في مغني المحتاج [1] : « لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهم اما المحجور عليه بسفه فخلعه صحيح باذن ودونه ، بمهر المثل او أقل ، اذ له ان يطلق مجانا فبعوض اولى .

ويسلم العوض الى وليه فان سلمت العوض الى السفيه بغير اذن الولي وهو دين لم تبرأ ويسترده منه » .

الزيدية :

قال في التاج المذهب [2] : « ولا يصح من الصبي والمجنون ولو اذن لهما وليهما » .
وقال في المنتزع المختار [3] : « ويصح الخلع من المحجور عليه » .

الجعفرية :

قال في جواهر الكلام في بحث شرائط الخالع :
« ولا يقع من الصغير والمجنون الذين قد عرفت الاجماع على سلب عبارتيهما » [4] .

الاباضية :

قال في شرح النيل [5] : « ولا يلزم طفلا ومجنونا فداء ولا يصح منهما قبول ولا طلاق ولو بولي » .

---

(١) مغني المحتاج .
(٢) التاج المذهب ٢/١٧٤ .
(٣) المنتزع المختار ٢/٤٣٣ .
(٤) جاء في جواهر الكلام ص ٥/٣٥٥ – : ولو خالع ولي الطفل بعوض صح إن لم يكن طلاقاً مع المصلحة او مع عدم المفسدة وبطل على القول بكونه طلاقاً لعدم صحته من ولي الطفل .
(٥) شرح النيل ٣/٤٩٦ .

المطلب الثاني ـــ خلع المريض مرض الموت

قال جمهور الفقهاء ان خلع المريض مرض الموت صحيح ونافذ قياساً على طلاقه . وقال بعضهم بحرم ديانة لا قضاءً . وهذه آراء المذاهب :

قال الشافعية : يجوز الخلع في مرض الموت . لان الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض ، فيجوز بالاولى . ولا ضرر فيه على المرأة ما دام يملك طلاقها .

جاء في مختصر المزني[1] : «ويجوز الخلع في المرض كما يجوز في البيع . فان كان الزوج هو المريض : فخالعها باقل من مهرها ثم مات فجائز لان له ان يطلقها من غير شيء» .

وقال في تحفة المحتاج[2] : «ويصح خلع المريض بأقل شيء لانه يصح طلاقه مجاناً فأولى بشيء ولو قليلا .»

وقال المالكية : لايجوز خلع المريض لان في ذلك اخراج وارث في مرض موته . فان فعل ذلك نفذ ووقع الطلاق لان الحرمة ديانية لاقضائية .

قال الخرشي : «لايجوز للمريض مرض الموت ومن في حكمه ان يخالع زوجته لان فيه اخراج وارث . فان فعل فانه ينفذ ويقع عليه الطلاق[3]» .

---

(١) مختصر المزني ٦٧/٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٤٦٦/٧ .

(٣) شرح الخرشي ١٥٥/٣ وقال : واذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فإن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة . لانه هو الذي أسقط ما كان بيده . ولو مات فإن المرأة ترثه لانه فار بطلاقها حينئذ من الإرث سواء كانت مدخولاً بها أم لا . انقضت عدتها وتزوجت ، أم لا .

وقال الحنابلة : يجوز خلع المريض مرض الموت اذا لم يكن هناك محاباة. فاذا ظهرت محاباة الزوج في هذا الخلع كما لو اوصى لها بمبلغ من المال ، ينظر فيه فان كان اقل من ميراثها منه صح ولزم وان كان اكثر يصح وتلغو الزيادة .

قال الخرقي [١] : «ولو خالعها في مرض موته واوصى لها باكثر مما كانت ترث فللورثة ان لا يعطوها اكثر من ميراثها» .

وقال ابن قدامه في المغني : [٢] اما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء أكان بمهر مثلها او اكثر او اقل. ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغير عوض لصح، فلان يصح بعوض اولى . ولان الورثة لايفوتهم بخلعه شيء فانه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثته فاما ان أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لانه لاتهمة في انه ابانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبنها لاخذته بميراثها ، وان اوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها من ذلك لانه اتهم في انه قصد ايصال ذلك اليها ، لانه لم يكن له سبيل الى ايصاله اليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو اوصى لوارث .

ولم يقيد الجعفرية خلع المريض بقيد بل قالوا يجوز خلع المريض مرض الموت جاء في المذاهب الخمسة [٣] :

اما الخلع من المريض مرض الموت فيصح بلاريب ، لانه لو طلق بغير عوض لصح فالطلاق بعوض اولى .

أما الزيدية فقدقيدوا عوض الخلع بالثلث دفعاً لتهمة المحاباة .

قال في المنتزع المختار [٤] : ويصح الخلع اذا كان مريضاً . وانما ينفذ اخراج عوض الخلع في حال المرض المخوف من الثلث اذا وقع الموت فيه .

---

(١) المغني ٢٢٣/٨ . وجاء في الإنصاف ١٩/٨ : وإن طلقها في مرض موته . وأوصى لها باكثر من ميراثها وإن خالعها في مرضه أو حاباها : فهو من رأس المال .

(٢) المغني ٢٢٣/٨ .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦٢ .

(٤) المنتزع المختار ٤٣٣/٢ .

واجاز الاحناف أيضاً خلع المريض مرض الموت .

جاء في البحر الرائق [1]: ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل او كثر .

اما الظاهرية : فيجيزون الخلع بمرض الموت لانهم لايفرقون بين تصرفات مريض مرض الموت اوغيره. وقد انتقد ابن حزم بحجج قوية من قال بمرض الموت [2] .

وقال الاباضية [3] : وان مرض فافتدت منه فمات في مرضه لم ترثه وجاز عليه الفداء. ان برىء . لان افتداءها اسقاط لميراثها باختيارها ولو كانت في العدة.

* * *

---

(١) البحر الرائق ٤/٨٠ .

(٢) يراجع احكام طلاق المريض مرض الموت في هذا الكتاب .

(٣) شرح النيل ٣/٥٠١ .

الفرع الثالث

الزوجة

الزوجة :

يشترط في الزوجة المخالعة أن تكون زوجة للمخالع في عقد صحيح [1] . والاصل ان المخالعة لا تكون الا بين زوجين ولكن هناك بعض حالات تكون فيها الزوجة غير كاملة الاهلية لصغر أو سفه فيتولى عنها وليها المالي وقد تكون مريضة مرض الموت فتخالع زوجها . كما يجوز ان يتولى المخالعة اجنبي عن الزوجة. وسنبحث هنا خلع المريضة مرض الموت ثم من يتولى المخالعة عن الزوجة في حال خلع الاجنبي وفي حال خلع الولي .

المطلب الاول : خلع المريضة مرض الموت

اذا اختلعت الزوجة في مرض موتها وماتت وهي في العدة فهل يصح الخلع ويستحق الزوج بدل الخلع الذي دفعته له ليطلقها فيبقى ملكاً له ام يسترده ورثة المختلعة دفعاً لتهمة التواطؤ بين الزوجين لحرمان بعض الورثة .

لاخلاف بين الفقهاء في صحة خلع المريض مرض الموت غير بمقدار الميراث الذي ترثه الزوجة من زوجها ، ولما كان لهذا صلة ايضاً ببدل الخلع الذي هو ركن من اركانه فاني انقل آراء الفقهاء بايجاز .

---

(١) جاء في المادة ٢٩٧ من مجموعة الاحكام الشرعية قدري باشا : اذا خالع الزوج امرأته واخذ منها بدلاً بغير حق بأن كان النكاح فاسداً من اصله لايقبل الخلع فلها ان تسترد ما اخذه .

قال الزيدية : اذا خالع الزوج زوجته المريضة مرض الموت على عوض معين ثم ماتت وهي في العدة فانه يأخذ الاقل من شيئين : عوض الخلع والميراث فيما لو كان يرثها . فاذا كان عوض الخلع اكثر من الميراث استحقه كله وان كان اكثر فلا يستحق ما زاد على الميراث وان كان الميراث الذي يرثها به أقل من الخلع اخذ ما يعادل ميراثه من بدل الخلع ورد الباقي للورثة .

جاء في التاج المذهب[1] : « اذا طلق المريضة على عوض منها ، أو من مريض غيرها ولو كانت صحيحة ، سواء كان العوض قدر الثلث ام اكثر منه ولم يجز الورثة ، فلا ينفذ ذلك العوض في حال المرض المخوف اذا وقع الموت منه الا من الثلث فقط . ويعتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد حال العقد .

وقال الاحناف : — يأخذ الزوج الاقل من ثلاثة اشياء : بدل الخلع . ثلث التركة بعد وفاء الديون . ميراثه منها .

فاذا زاد بدل الخلع على ثلث التركة ننظر فان كان بدل الخلع هذا اقل من ميراثه منها اخذه كاملا اما لو زاد بدل الخلع على ميراثه منها كان بحكم الوصية لا تنفذ الا باجازة الورثة . فلو كان بدل الخلع اقل من ميراثه منها استحق بدل الخلع لانه الاقل والفرق بين بدل الخلع وميراثه يعتبر بحكم الوصية . والوصيه لوارث لا تجوز[2] .

جاء في البحر الرائق[3] :

« واذا اختلعت مريضة من زوجها بمهرها ثم ماتت : ينظر الى ثلاثة اشياء الى ميراثه منها والى بدل الخلع والى ثلث مالها . فيجب اقلها والزيادة هذا لو

---

(١) التاج المذهب ٢/١٩١ .

(٢) غير انه يلاحظ انه في القوانين التي تجيز الوصية لوارث يستحق الزوج الزيادة في هذه الحال على ان لاتزيد عن الثلث بحال . ومن هذه القوانين قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٣) البحر الرائق ٤/٨٠ .

ماتت في ذات المرض . ولو برئت منه سلم للزوج كل البدل كهبتها فيه .
وخالف بذلك زفر وقال يخرج من جميع المال[1] » .

وفي المالكية . خلاف في المذهب بين مالك وابن القاسم . والمذهب ان للزوج الاقل من الميراث أو بدل الخلع اذا ماتت وهي في مرض الموت سواء كانت في العدة ام لا ..

قال مالك : من اختلعت في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها. وقال ابن القاسم : وأنا أرى انها اذا اختلعت منه باكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد وان اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل ، فذلك جائز ولا يتوارثان[2] .

وحمل بعضهم قول مالك على انه لا يجوز اذا كان بجميع المال . اما اذا كان باقل من ميراثه فيجوز[3] .

وقال ابن رشد[4] : وروى ابن نافع عن مالك : انه يجوز خلعها بالثلث كله[6] .

وقال الاباضية[5] : فان ماتت في مرضها اخذ الاقل من صداق وإرث . لئلا يأخذ اكثر مما اعطى . ولأن المفاداة في المرض شبيه بالوصية . غير ان رجوع الصداق فيه عوض من خروجها من ملكه لا مجرد عطية . وغير انه

---

(١) المبسوط ١٩٤/٦ وقال زفر : من جميع المال . واعتبر الخلع بالنكاح فان المريض لو تزوج امرأة بمهر مثلها اعتبر من جميع ماله لان ذلك من حوائجه وكذلك المريضة اذا اختلعت لان ذلك من حوائجها لتتخلص من أذى الزوج .

(٢) شرح الخرشي ١٥٨/٣ .

(٣) حاشية الدسوقي ٤١٥/٢ .

(٤) بداية المجتهد ٤١/٢ .

(٥) التاج المذهب ٢٩١/٢ وجاء فيه : اما اذا كان الخلع على شرط فيعتبر الثلث عند حصول الشرط .

(٦) شرح النيل ٥٠١/٣ .

ليس وارثاً ومع ذلك حكم عليه بحكم الوارث لانه لولا الفداء لكان وارثاً وان تساويا اخذ احدهما .

وذهب **الشافعية والجعفرية** الى ان خلع المريضة مرض الموت صحيح الا انه في حدود مهر المثل او ثلث التركة . الأقل من هذين الشيئين. فاذا خالعته على الف وكان مهر مثلها ذلك استحقه بعد موتها اذا كان ثلث تركتها اكثر من الف وان كان اقل من الف استحق ثلث التركة .

قال ابن حجر في تحفة المحتاج[1] :

« ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لان لها صرف مالها في شهواتها بخلاف السفيهة ولا يحسب من الثلث الا الزائد من مهر المثل لان الزائد عليه هو التبرع[2] » .

وقال الجعفرية[3] :

« فان خالعته بمهر مثلها جاز ونفذ من الاصل ، أما اذا زاد عن مهر المثل فتخرج الزيادة من ثلث المال .

وروى في جواهر الكلام رواية اخرى[4] : ولو خالعت في مرض الموت صح وان بذلت اكثر من الثلث ...

ثم قال : وفيه قول آخر مشهور بين الاصحاب والمعمول به بينهم وهو ان الزائد من مهر المثل من الثلث .

---

(١) تحفة المحتاج ٧/٤٦٦ مغني المحتاج ٣/٢٦٥ .

(٢) قال في مغني المحتاج ٣/٢٦٥ ، لأن التبرع انما هو بالزائد فهو كالوصية للاجنبي ولايكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الارث الا ان يكون وارثا بجهة اخرى غير الزوجية كابن عم مثلا .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١ .

(٤) جواهر الكلام ص ٥/٣٥٥

وقال الحنابلة بما قال به المالكية على المعتمد عندهم : ان الزوج يأخذ الاقل من بدل الخلع او من ميراثه منها .

قال في المغنى[1] : اذا خالعته المريضة بميراثه منها فمادونه صح، ولا رجوع. وان خالعته بزيادة بطلت الزيادة .

وجاء في الانصاف [2] : [وان خالعته في مرض موتها : - فله الاقل من المسمى أو ميراثه منها وهذا المذهب] .

أما الظاهرية :فلا يفرقون بين الصحيح والمريض فتصرفات المريض مرض الموت زوجاً أم زوجة صحيحة عندهم وعلى هذا فلو خالعته على مبلغ ما ثم ماتت فله العوض كاملا سواء كان اقل من الميراث او الثلث ام اكثر .



(١) المغني ٨/٢١٥ وقال ابن قدامة : وهذا قول الثوري واسحاق .

(٢) الانصاف ٨/٤١٩

المطلب الثاني ـــ خلع غير الزوجة

هل يصح الخلع من غير الزوجة ؟..

اختلف الفقهاء في خلع غير الزوجة سواء أكان هذا الغير اجنبياً عنها أم كان ولياً لها .

قال الظاهرية والجعفرية والحنابلة [١] وبعض الزيدية : لا يجوز الخلع من غير الزوجة .

وأجاز ذلك الاحناف والشافعية والمالكيه وجمهور الزيدية :

اولاً : من قال انه لا يجوز خلع غير الزوجة .

قال ابو ثور : ان خلع الاجنبي غير صحيح لان بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره من نفع سفه فلا يصح .

جاء في **المحلى** [٢] : خلع الاب والوصي باطل . ولا يجوز ان يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة اب ولا غيره لقوله تعالى : ـ « ولا تكسب كل نفس الا عليها » . وقوله تعالى : « ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

فمخالعة الاب، او الوصي او السلطان عن صغيرة او كبيرة كسب على غيره وهذا لا يجوز . واستحلال الزوج مالها بغير رضاها منها اكل مال الباطل وهو حرام .

وعند الحنابلة روايتان [٢] : ـ جـــاء في الانصاف : وقيل : لا يصح من الاجنبي اذا قلنا انه فسخ .

وقيل : لا يصح مطلقا . ذكره في الرعايتين .

---

(١) على الصحيح من المذهب ان الخلع فسخ وليس بطلاق .
(٢) الانصاف ٨/٣٨٩ .

وقال : وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها ـ هذا المذهب . وعليه اكثر الاصحاب[1] .

وجاء في المغني[2] : وليس لولي هؤلاء (المحجور عليهن) المخالعة بشيء من مالهن لأنه انما يملك التصرف بمالها فيه الحظ وهذا لاحظ فيه بل فيه اسقاط[3] .

اما عند الجعفرية فلا يجوز الخلع من غير الزوجة الا باذنها فاذا لم تأذن لايصح خلع الاجنبي ولياً كان او غيره .

جاء في الروضة البهية[4] : وفي صحته من المتبرع بالبذل من ماله قولان : اقربهما المنع لان الخلع من عقود المعاوضات فلايجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض كالبيع ، ولانه تعالى اضاف الفدية اليها في قوله : فلا جناح عليهما فيما افتدت به .

وقالوا[5] : « لايصح خلع الاجنبي . ولا يجب عليه ان يدفع شيئاً . ويصح ان يضمن الاجنبي الفدية باذنها فيقول للزوج طلقها بكذا وعلى ضمان المبلغ بعد ان تأذن هي بذلك . فان طلق على هذا الشرط وجب على الضامن ان يدفع المبلغ للمطلق ويرجع به على المطلقة » .

وقال الزيدية في المنتزع المختار[6] : وحكي في الكافي عن القاسم والهادي والناصر ان عوض الخلع لايصح من غير الزوجة بل يقع الطلاق رجعياً ويرد العوض على الذي اخذ منه .

• • •

---

(١) المرجع السابق ٨/٣٨٨ .

(٢) المغني ٨/١٩٥ .

(٣) قد يفهم من قوله من مالهن انه يجوز الخلع اذا كان من مال الاب او الولي وقد ذكرنا ان المذهب عندهم على ان الخلع فسخ ولايجوز الخلع الا من الزوجين اما على الرواية التي تقول ان الخلع طلاق ففيها كلام .

(٤) الروضة البهية ٢/١٦٤ .

(٥) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٥٧ .

(٦) المنتزع المختار ٢/٤٣٧ .

ثانياً – من قال انه يجوز الخلع من الاجنبي :

قالوا يجوز الخلع من الاجنبي سواء أكان ولياً ام لم يكن وسواء أكانت الزوجة صغيرة او مجنونة او كانت كبيرة بالغة راشدة .

ولما كانت احكام المخالعة من الاجنبي متداخلة حتى أن الشافعي لايفرق بين خلع الأجنبي وخلع ولي الزوجة[٢] في جميع الفروع . وبعض المذاهب فرقت في بعض المسائل فقد قسمت البحث الى خلع غير الزوجة على الكبيرة سواء أكان اجنبياً عنها ام ولياً لها وخلع الولي على من له الولاية عليها .

خلع الاجنبي [١] :

اذا خالع اجنبي عن الزوجة ولم يكن وكيلاً عنها ولا ذا ولاية صح الخلع في هذه المذاهب .

وهنا اني اورد نصاً للشافعية فيه بعض التعليل لمذهبهم : –

قال في مغني المحتاج[٣] : ويصح اختلاع اجنبي مطلق التصرف بلفظ خلع او طلاق وان كرهت الزوجة ، ذلك لان الطلاق مما يستقل به الزوج ، والأجنبي مستقل بالالتزام ، وله بذل المال ، والتزامه فداء . لان الله تعالى سمى فداء فجاز كفداء الاسير ، وقد يكون للاجنبي فيه غرض ديني بأن يراهما لايقيمان حدود الله ، أو يجتمعان على محرم ، والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلباً للثواب .

---

(١) اقصد بذلك من ليس له ولاية على الزوجة سواء أكان وليها ام لم يكن كذلك .

(٢) جاء في مغني المحتاج ٣/٢٧٧ وابوها كاجنبي فيما ذكر فيختلع لها بماله اي يجوز له ذلك صغيرة كانت او كبيرة .

(٣) المصدر السابق ٢/٢٧٦ .

واختلاع الاجنبي كأختلاع الزوجة في جميع الاحكام .

واما **عند الاحناف** فقدجاء في البحر الرائق نقلاً عن البزازيه [١] :

اذاخلعها ابوها او اجنبي باذنها جاز، والمال عليها، وان كان بلا اذنها لم تجز ، وترجع بالصداق على الزوج. والزوج على الاب انضمن الاب وان لم يضمن فالخلع يتوقف على قبولها ، ان قبلت . ثم الخلع في حق المال وهذا دليل على ان الطلاق واقع . وقيل انه لايقع الطلاق ههنا الا باجازتها .

وقال الزيدية في التاج المذهب[٢] : واذا قال الغير طلقها على الف مني أو على مهرها صح ولزمه ذلك .

عوض الخلع[٣] :

اذا خالع الاجنبي فاما ان يضيف بدل الخلع الى نفسه واما لايفعل ذلك .

١) فان اضاف بدل الخلع الى نفسه : صح الخلع ووقع الطلاق والتزم بالمال ولا يحق له الرجوع على الزوجة لانه متبرع .

٢) اما اذا لم يصدر منه ذلك :

آ ـ فان لم يضف البدل الى احد :

قال المالكية والشافعية ان هذا في حكم ما لوضمن المال . فيصح الخلع ويلزم المال وقال الاحناف لايكون ضامناً بل يتوقف الخلع على قبول الزوجة . فاذا قبلت صح الخلع ولزمها المال .

اما وقوع الطلاق ففيه قولان : قيل يقع وقيل لايقع .

---

(١) البحر الرائق ٤/٩٧ .
(٢) التاج المذهب ٢/١٨٠.
(٣) فرق الزواج ١٥٧ .

ب ـ وأما اذا اضاف البدل الى غيره : فتتوقف صحة الخلع على اجازة من اضاف البدل اليه فان اجازه صح الخلع ونفذ وان لم يجزه لم يصح .

وقال الحنابلة الذين قالوا ان الخلع طلاق : اذا اضاف البدل الى مال الزوجة فلايصح الخلع .

وقال الاباضية[1] : ومن قال لرجل ابرأتك من صداق امرأتك فلانه سواء قال على الفداء ام لا ، لكن الزوج قبل على الفداء فقبل ذلك منه بدلاً طلقت فان اجازت لزمها وكان الصداق له بالفداء ولا يقع عليه الا طلاق واحد . ولزمه الطلاق وان لم تجز .

* * *

---

(١) شرح النيل ٣/٤٨٣ .

خلع الولي

يشترط في الزوجة المخالعة ان تكون اهلاً للتصرف المالي [١] . اما اذا لم تكن كذلك فينوب عنها وليها المالي فى المخالعة .

خلع المجنونة [٢] : والصغيرة [٣] : والسفيهة [٤] :

يرى الشافعية والزيدية والحنابلة [٥] ـ ان خلع المجنونة والصغيرة باطل مطلقاً لأن بذل العوض تبرع . ولا تصح تصرفات المجنونة ولا الصغيرة حتى يصح تبرعها .

اما خلع السفيهة عند الشافعية والحنابلة على القول بأنه طلاق : فهو صحيح ولكن لاتلتزم بالمال سواء اذن لها وليها ام لم يأذن . ويقع الطلاق رجعياً . لان الخلع بدون عوض يعتبر عند الشافعية طلاقاً رجعياً فإقدام الزوج على مخالعة زوجته السفيهة وهو يعلم انها لاتلتزم بدفع

---

(١) سن الرشد كما جاء في قانون الولاية على المال المصري في المادة ١٨ هو ٢١ سنة ميلادية .

(٢) عرف القانون فاقد التمييز م ٤٥ لايكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن اوعته اوجنون .

(٣) مغني المحتاج ٣/٢٦٤ بداية المجتهد ٢/٤١ المبسوط ٦/١٨٠ البحر الرائق ٤/١٨٠ المغني ٨/١٩٥ الانصاف ٨/٣٩١ مختصر المزني ٤/٥٠ المنتزع المختار ٢/٤٣٥ .

(٤) السفه كما عرفه الدكتور مدكور في كتابه مباحث الحكم عند الاصوليين ص ٣٠٨ عبارة عن التصرف بالمال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والاسراف مع قيام حقيقة العقل .

(٥) هذا عند الحنابلة على الصحيح اما على الرواية التي تقول بأن الخلع طلاق فيقع في هذه الحالة طلاقاً رجعياً .

المال يعتبر كأنه خالعها بدون عوض[1] هذا اذا كان بعد الدخول اما قبل الدخول فيعتبر بائناً .

مذهب الاحناف :

ان خلع المجنونة والصغيرة غير المميزة باطل ولا يقع به طلاق .

اما الصغيرة المميزة والسفيهة التي تعقل معنى النكاح والطلاق اي تفهم ان النكاح عبارة عن اجتماع رجل وامرأة وان الطلاق فراقهما عن بعضهما قالوا يقع الطلاق بالخلع ولكن لايلزمها المال لانها ليست من اهل التبرع .

اما لو باشر الخلع عنها وليها :

فان كان البدل من مالها لم يجب المال وفي وقوع الطلاق روايتان : ـ

١) الاصح ان الطلاق يقع لانه معلق على قبول الولي وقد قبل .

٢) والرواية الثانية انه لايقع لان الزوج انما علق طلاقه على استحقاق المال فاذا لم يتحقق اختل الرضا فيجب الا يقع .

٢ ـ اما اذا كان البدل من مال الولي فالخلع صحيح والبدل لازم . ولا رجوع للولي على الزوجة لانه متبرع[2]

---

(١) جاء في مغني المحتاج ٣/٢٦٤ وان خالع بعد الدخول سفيهه بلفظ الخلع طلقت رجعياً ولغا ذكر المال لانها ليست من اهل التزامه وان اذن لها الولي . وليس لوليها صرف مالها في مثل ذلك .

(٢) جاء في الفتاوى المهدية ١/١٥٢ – فتوى : في رجل بافه ان ابنته حاصل لها ضرر من زوجها فتوجه اليه وطلب طلاق ابنته وخلاصها من الضرر فامتنع الزوج فأبرأه من مؤخر صداقها وغيره مما هو في ذمته والتزم الاب بذلك فطلقها في نظير ذلك فهل يقع بائناً .؟..
ج : نعم يقع في مقابلة العوض طلاق بائن . ولا يسقط حق الزوجة اذا لم يكن بأمرها او اجازتها ولها المطالبة به على الزوج او الاب . فان رجعت بما ذكر على الزوج يكون له الرجوع بما يؤديه على الاب الملتزم .

مذهب الزيدية[1] :

ولا يصح الخلع من ولي مال الصغيرة الا اذا كان لها فيه مصلحة ولا يصح مع المصلحة الا اذا كان العوض من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف .

فاذا خالع عن الصغيرة أبوها بمهرها لزمه لها ذلك سواء صح ام لا . ويكون الطلاق خلعاً لانه يصح العوض فيه من الغير والمرأة ان تطالب الزوج بمهرها او يرجع الزوج بالمهر على أبيها .

مذهب المالكية[2] :

ان خلع الصغيرة والمجنونة غير جائز . ويفرق المالكية بين حالين :

١) اذا لم يعلق صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق وعليه رد المال ان قبضه .

٢) أما اذا علق الخلع على استحقاقه المال فلا يقع الطلاق ولا يجب المال .

اذا خالع الاب عن ابنته الصغيرة او السفيهة: فلو كانت في سن تجبر مثيلاتها على الزواج بولاية ابيهم ، فالخلع صحيح سواء اكان من ماله او من مالها ، وسواء كان باذنها ام بدون اذنها[3] .

اما السفيهة التي ليس له عليها ولاية اجبار : ١) فاذا كان العوض من ماله فيجوز الخلع ولو لم يكن باذنها . ١) اما اذا لم تأذن له وخالعها من مالها ففي ذلك قولان عند المالكية قيل لا يجوز وقيل يجوز ويقع الطلاق رجعياً . والى هذا ذهب الشافعية .

---

(١) التاج المذهب ٢/١٧٦ .

(٢) بداية المجتهد ٢/١ ؛ وقال مالك : يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها .

(٣) ان غير الاب من الاولياء ليس له حق المخالعة الا بأذن الزوجة .

مذهب الشافعية[1] :

ولايجوز خلع المجنونة ولا الصغيرة غير المميزة . أما الصغيرة المميزة ففيه خلاف .

وأما السفيهة المحجور عليها فلايصح الخلع عليها ويقع الطلاق رجعياً بدون مال . والسفيهة بعد الرشد وقبل الحجر يصح تصرفها على الاصح[2] .

مذهب الاباضية[3] :

جاء في شرح النيل : وان افتدى لطفلة أو مجنونة ابوها به أي بالصداق أو خالع عليها ببعضه فلم تجزه بعد البلوغ او الافاقة اخذته من زوجها ورجع الزوج به على الاب .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٤ .

(٢) الام ٥/١٨١ .

(٣) شرح النيل ٣/٤٨٣ .

المطلب الرابع ـ هل يشترط ان تكون الزوجة المخالعة في طهر لاجماع فيه؟

هل يقع الخلع في كل وقت ؟.. ام ان له وقتاً مخصوصاً كالطلاق فلايجوز إلا في وقت طهر الزوجة كما مر في بحث الطلاق المشروع؟..

اختلف الفقهاء في الخلع وكان من البديهي ان نقول كل ماقيل في الطلاق يقال في الخلع قياساً ،لولا ان الآراء اختلفت قليلاً فبعض من قال أن الطلاق في الحيض لايقع قال أن الخلع في الحيض صحيح وبعض من قال أن الطلاق في الحيض بدعي قال ان الخلع في الحيض غير بدعي ولهذا اختلف الرأي .

وهانحن نذكر مجمل الآراء في الموضوع .

١ ـ من قال انه لايصح الخلع في الحيض :

قال الجعفرية أن الخلع في الحيض او في طهر مسها فيه لايقع لأنه طلاق . والطلاق في هذه الحالة لايقع .

جاء في المختصر النافع[١] :يشترط في المختلعة مع الدخول : الطهر الذي لم يجامعها فيه .

وفي الاستبصار في باب الخلع [٢] : ولايكون الا على موضع الطلاق اما طاهراً و اما حاملاً بشهود .

وجاء في جواهر الكلام[٣] ان الخلع لايكون الا على طهر .

---

(١) المختصر النافع ٢٢٧ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٧ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٣٦٠.

وقال في السرائر[1]: والخلع لايقع الا ان تكون المرأة طاهرة طهراً لم يقربها فيه بجماع، او يكون غير مدخول بها او يكون غائباً عنها زوجها.

والخلاصة: فقد[2] اشترط الامامية في المختلعة جميع ما اشترطوه في في المطلقة من كونها في طهر لم يواقعها فيه اذا كانت مدخولاً بها وغير آيسة ولا حامل ولا صغيرة دون التسع.

٢ – من قال انه بدعى:

وقال الاباضية: أن الخلع في الحيض بدعي لايجوز.

جاء في شرح النيل[3]: وسنّ الفداء كالطلاق واحداً في طهر لم تمس فيه وغير ذلك فداء بدعة.

وجاء في الديوان[4]: من أراد الفداء من ناشزة فليصبر حتى تحيض ثم تطهر فيفاديها بلا أضرار ولا استثقال لمكانها ولا ظلم لها ولا حرص على فراقها ولا ملك لجماعها فهذا هو الذي يجوز له ان يأخذ منها ما أعطاها.

وقال الزيدية: ان الخلع في الحيض بدعي.

جاء في البحر الزخار[5] وتدخله السنة والبدعة كالمطلق.

وقال في الروض النضير[6]: وتدخله السنة والبدعة كالطلاق الخالي عن العوض.

---

(١) السرائر ٣٥٠.
(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١.
(٣) شرح النيل ٣/٥٥٦.
(٤) المصدر السابق ٣/٥٠٠.
(٥) البحر الزخار ٣/١٧٩.
(٦) الروض النضير ٤/١٦٦.

واختلف **الاحناف** في كراهية الخلع اثناء الحيض .

قال القدوري[1] : والخلع في حالة الحيض مكروه في رواية الزيادات . وفي المنتقى لابأس به في حالة الحيض اذا رأى منها مايكره .

وقال الشلبي على الكنز[2] : روى عن ابي حنيفة لايكره حالة الحيض . ونقل ابن عابدين عن المحيط ان الخلع لايكره في حالة الحيض بالاجماع[3] .

٣ ــ واختلف فريق آخر من الفقهاء اختلافهم حول ماهية الخلع فمن قال انه فسخ قال لابدعة في الخلع . ومن قال انه طلاق قال ان الخلع في الحيض بدعي[4] .

وفرق **الشافعية** في الخلع بين ان يكون بين الزوجين فقالوا ان الخلع في الحيض لابدعة فيه ، أما اذا كان الخلع مع اجنبي فتدخله البدعة والسنة . **وهو تفريق حسن مبني على ان الخلع بين الزوجين تم بالتراضي فلا مجال للتأجيل حتى الطهر .**

اما في حال خلع الأجنبي فقد تكون في حالة الحيض بحالة تشابه علتها منع الطلاق في الحيض تماماً .

قال في نهاية المحتاج[5] : ويجوز خلعها في الحيض لاخلع اجنبي في الاصح .

---

(١) مختصر القدوري ٢/٣٣ .

(٢) تبين الحقائق الزيلعي ٣/١٩١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/٤٢٨ .

(٤) يقول ابن تيمية في فتاويه ٣/٥ ؛ أجاز اكثر العلماء الخلع في الحيض لانه على قول فقهاء الحديث ليس بطلاق بل فرقة بائنة . وهو في احد قولهم تستبرأ بحيضه لاعدة عليها ولانها تملك نفسها بالاختلاع فلها فائدة في تعجيل الابانة لدفع الشر الذي بينها بخلاف الطلاق الرجعي فانه لافائدة في تعجيله قبل وقته بل ذلك شر بلا خير .

(٥) نهاية المحتاج ٦/١٠٩

اما الموطوءة في الطهر فهو وان كان بدعياً الا انه يحل خلعها، وقيل يحرم. لأن المنع هنا لرعاية الولد فلم يؤثر فيه الرضا بخلافه .

وذكر المزني في مختصره : « ان الخلع جائز في الحيض لأنه صلى الله عليه وسلم لم يسأل امرأة ثابت بن قيس حين خالعها من زوجها[1] .

واختلف المالكية في الخلع هل يدخله بدعة ام لا نظراً لاختلافهم في علة منع الطلاق في الحيض .

فمن قال ان علة المنع هي لعدم تطويل العدة اي هي حق المرأة قال انه لابدعة في الخلع لأن الخلع تم برضاها .

ومن قال ان علة المنع هي للتعبد قال ان الخلع في الحيض لايجوز لأنه بدعة ولا اثر لرضا الزوجة في الموضوع .

قال الخرشي[2] من قال ان علة منع الطلاق في الحيض هي للتعبد ، منع الخلع في الحيض وان رضيت المرأة لأن الحق لها ولأنها اعطيت عليه مالاً ويلزم عليه ان يجبر المطلق على ان يراجعها وان لم تقم المرأة بذلك .

وقال الحنابلة ان منع الطلاق في الحيض كان لمنع الضرر عن المرأة ومادام الخلع تم برضا الزوجين وبعد ان وافقت الزوجة فلاضرر عليها .

جاء في المغني[3] : لابأس بالخلع في الحيض والطهر الذي اصابها فيه لان المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك اعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع اعلاهما بادناهما . ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها[4] ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع

---

(١) مختصر المزني ٥١/٤.

(٢) شرح الخرشي ١٦٩/٣ .

(٣) المغني ١٧٤/٨ .

(٤) يقول ابن حجر في فتح الباري ٣٢١/٩ : لكن يجوز ان يكون ترك ذلك لسبق العلم به أو كان قبل تقريره فلا دلالة فيه ان يخصه من منع طلاق الحائض .

يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

وقال في كشاف القناع [1] : لا بأس به في الحيض والطهر الذي اصابها فيه اذا كان بسؤالها .

اما ابن تيمية فقد ذهب منحى آخر فقال بأن الخلع ليس مكروها في الأصل كالطلاق ولهذا أبيح في حالة الحيض .

قال ابن تيمية [2] : « وليس هو من الطلاق المكروه في الأصل . ولهذا يباح في الحيض بخلاف الطلاق » .

الاشهاد في الخلع :

هل يشترط الاشهاد في الخلع ؟ .. ام لايشترط ذلك باعتبار أنه ايجاب وقبول ؟..

لم اجد - فيما اطلعت عليه - من اشترط ذلك إلا الامامية الجعفرية حيث قالوا : لايصح الخلع إلا امام شاهدين .

جاء في جواهر الكلام [3] ويشترط ان يكون امام شاهدين يسمعان صيغة الايجاب والقبول .

وفي رأينا أن المخالعة اذا تمت امام القاضي أو بناء على قرار الحكمين ينوب هذا مناب الأشهاد الذي شرع للتوثيق والتروي .

• • •

---

(١) كشاف القناع ١٦٨/٥ وقال شارح الاقناع : لانها رضيت بادخال ضرر تطويل العدة على نفسها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٦٣/٣ .

(٣) جواهر الكلام ٣٦١/٥ .

الفرع الرابع

العوض

سنبحث في هذا الفرع ثلاثة أمور :

١ — مشروعية أخذ العوض على الطلاق .

١ — مقدار هذا العوض .

٣ — نوع العوض الذي يتم به الخلع .

المطلب الاول — مشروعية اخذ العوض

جاء تشريع الخلع في القرآن الكريم بقوله تعالى : «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون » .

لا خلاف بين المسلمين على من أراد أن يخالع امرأة على عوض فذلك جائز له ، اذا خيف عدم اقامة حدود الله بينهما . أي اذا لم يراع احد الزوجين ما أوجبه الله عليه من واجبات نحو زوجة الآخر[1] .

أما الخلاف بين الفقهاء فهو حول جواز أخذ المال من الزوجة هل هو مشروط أم غير مشروط ؟

---

(١) قلنا في بحث مصادر الخلع ان هناك من ادعى نسخ الخلع ولكن لم يتابع احد هذا الرأي فلا عبرة به .

قال بعض الفقهاء أن أخذ المال مشروط بوجود الشقاق بين الزوجين أي حين الخوف من عدم اقامة حدود الله . وحدود الله بين الزوجين هي ما فرضته الشريعة الاسلامية على كل منهما نحو شريكه الآخر وذلك بقوله تعالى: «الا أن يخافا الا يقيما حدود الله».

وقال بعضهم أن هذا وان ذكر في القرآن الكريم ولكن ليس على سبيل الشرط بل على أنه الغالب من الأمر [1].

والذين قالوا يشترط الشقاق اختلفوا فيما بينهم هل هذا يجب ان يكون من احد الزوجين أم من كليهما. واذا لم يكن كذلك فهل يصح الخلع ويقع الطلاق رجعياً غير بائن ام ان الخلع في هذه الحالة غير صحيح والزوجية قائمة دون طلاق.

سأذكر هنا حجج من اشترط وجود الشقاق لجواز الخلع وأخذ الزوج المال ثم أذكر شرطين من الشروط التي وضعها الفقهاء في الخلع وهي: شرط الكراهية من الزوجة. وشرط عدم المضارة من الزوج.

١ ـ شرط الشقاق والخلاف بين الزوجين لجواز الخلع :

قال الجمهور: لو خالع الرجل زوجته والاخلاق ملتئمة صح الخلع ولكن ذلك مكروه ودليل ذلك:

١ ــ قوله تعالى: «فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً» فهذا صريح باباحة وطيبة أخذ المال من الزوجة اذا كان ذلك برضاها دون أن يكون هناك أي شرط من وجود شقاق أو خلاف أو غيره [2].

٢ ــ وقالوا اذا جاز للزوج ان يأخذ المال من زوجته على طلاقها في حال الشقاق والنزاع وهي غالباً الحالة التي تكون فيها مضطرة للخلاص من زوجها افلا يجوز للزوج أن يأخذ من مالها لطلاقها وهي في حالة الرضاء والاخلاق ملتئمة.

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٦٦/١؛ احكام القرآن لابن العربي ١٩٣/١ .

(٢) تفسير الرازي ٣٧٥/٢ .

وقال الزيدية والظاهرية والجعفرية :

لا يجوز للزوج أخذ المال إلا بوجود الشقاق، واستدلوا :

١) ان الأصل عدم حل أخذ مال الغير إلا بحق وفي موضوع الخلع حرم الله ذلك واباحه في وضع معين حيث قال: « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله» بعد أن ذكر التحريم بقوله : « ولا يحل لكم ...» ولم يكتف القرآن بذلك بل هدد من يخالف هـذه الاحكام بقوله: «تلك حدود الله فلا تعتدوها ..»

٢) وقوله تعالى : «فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا .. » اشترط الله ايضاً وجود الشقاق بين الزوجين لبعث الحكمين للصلح أو التفريق. فاذا ما فرق فقد يحكم بعوض على الزوجة تدفعه لزوجها ولهذا اشترط الشقاق .

٣) ان السنة النبوية بينت احكام الخلع في حادثة ثابت بن قيس اثر شكوى امرأة زوجها من سوء معاملتها فدل على أن مشروعية الخلع كانت بعد ان وجد الخلاف والشقاق بين الزوجين .

وردوا على حجج الجمهور بقولهم :

١ - أما قوله تعالى : فان طبن لكم .. فهذا في غير موضوع الخلع فلا علاقة له بما نحن فيه . انما ورد فيما اذا تركت الزوجة مهرها لزوجها بطيبة من نفسها والزوجية قائمة لاحين انفصالهما فالقياس مع الفارق .

٢ - وأما قولهم انه لما جاز في حال الشقاق أخذ مالها فيجب ان يجوز في حال الرضا بالأولى فغير صحيح . لأن الله نص في الخلع على اخذ المال مع الحظر بقوله: وان أردتم استبدال . وقوله : ولا يحل لكم .. ونص على الاباحة في محل آخر وفي موضوع آخر وهو قوله : فان طبن ...

قال الجصاص : فقول القائل لما جاز أن يأخذ مالها بطيبة من نفسها من غير خلع جاز في الخلع ، قول مخالف لنص الكتاب (١) .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ١/٤٦٦ .

٢ - شرط الكراهية من الزوجة :

وسنبحث الآن شرط الكراهية من الزوجة فقد ذهب فريق كبير من الفقهاء الى انه لا يجوز الخلع الا بوجود الكراهية من الزوجة لئلا يتخذ الأزواج ظلم زوجاتهم ذريعة لسلب أموالهم حتى تفتدي الزوجة نفسها بما تملك. وقد يرد على هذا الشرط ان الله تعالى لم يخص المرأة بذلك بل قال «الا أن يخافا الا يقيما حدود الله » فالخوف من عدم اقامة حدود الله ليس من الزوجة فحسب بل من الزوجين .

وقد أجاب الطبري على ذلك احسن جواب فقال : ان الزوجة حين تكره زوجها تقصر في أداء واجباتها ففى هذه الحال يخشى من الزوج أن يقابل اساءتها بنفور وكراهية مثلها .

وهنا جاء أمر الشارع فأوجب على المسلمين التدخل للصلح بينهما . فاما اذا كان التفريط من كل واحد منهما في واجب حق صاحبه قد وجد وسوء الصحبة والعشرة قد ظهر للمسلمين فليس هناك للخوف موضع ، اذ كان الخوف قد وجد . وانما يخاف وقوع الشيء قبل حدوثه فأما بعد حدوثه فلاوجه للخوف منه ولا الزيادة في مكروهه (١) ..

وأما اراء المذاهب فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اشتراط الكراهية من الزوجة بصحة الخلع وخالف في ذلك بعض المذاهب :

١ - قال الظاهرية والزيدية والجعفرية : اذا خالع الزوج زوجته ولم تكن كارهة له أو ناشزة فالخلع باطل لأنه لا يجوز أخذ مال الغير بدون حق ، والله حين أباح الخلع وأخذ الفدية انما اباحة بشرط ان تكون الزوجة ناشزة أو كارهه

---

(١) تفسير الطبري ٥٦٢/٨ ويفسر الآية بقوله : فان خفتم ايها المؤمنون ان لا يقيم الزوجان ما حد الله لكل واحد منهما على صاحبه من حق والزمه به من فرض ، وخشيتم عليهما تضييع فرض الله وتعدّي حدوده في ذلك فلا جناح حينئذ عليهما فيما افتدت به المرأة نفسها من زوجها .

فاذا فعل ذلك وجب عليه رد المال الى زوجته .

ولكن اختلف الظاهرية عن الزيدية والجعفرية في وقوع الطلاق .

قال الظاهرية لا يقع والزوجية على حالها .

وقال الجعفرية والزيدية يقع الطلاق رجعيا .

الظاهرية :

جاء في المحلى [1] : « فان وقع بغيرهما، اذا خافت ان لا توفيه حقه او خافت ان يبغضها فلا يوفيها حقها - فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها » .

وروى ابن حزم عن طريق عبدالرزاق عن معمر عن الزهري : « لا يحل له أخذ شيء من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها . ان تظهر له البغضاء وتسيء عشرته وتعصي امره .. »

الجعفرية :

اما الجعفرية فقالوا في اللمعة الدمشقية [2] : « ولا يصح الخلع الا مع كراهيتها فلو طلقها ولم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعيا . »

وقال شارح اللمعة في الروضة البهية [3] : فلو طلقها والاخلاق ملتئمه بطل البذل ووقع رجعيا . .

---

(١) المحلى ١٠/٢٣٥ .

(٢) اللمعة الدمشقية ٢/١٦٥ .

(٣) الروضة البهية ٢/١٦٥

ومن الجدير بالذكر ان اشير الى ان الطلاق يقع رجعياً بمعنى انه يأخذ حكم الطلاق كما لو كان بدون مال بمعنى انه لو كان قبل الدخول او كانت الطلقة الثالثة لكان بائناً بدون خلاف .

ومثل ذلك جاء في المختصر النافع [1] لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ، ولم يملك الفدية .

وجاء في جواهر الكلام [2] لو خالعها والأخلاق ملتئمة اي لا كراهية بينهما لم يصح الخلع ولا يملك الفدية بلاخلاف ولا اشكال [3] .

الزيدية :

وقال الزيدية في المنتزع المختار [4] : لا يصح الخلع الا بشرطين : ثانيهما أن تكون ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل او ترك . ومن النشوز أن تؤذيه بلسانها بشتم او غيره .

وقال بعض الزيدية : يصح الخلع بتراضيهما ولو لم يكن منها نشوز او من غيرها حتى لو كانت صغيرة متى كان العوض من غيرها [5] .

وقال في الروض النضير [6] : واخذ المال محرم الا في حال واحدة هي قوله تعالى : «فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما» .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٠٧ .

(٢) جواهر الكلام ٥/٣٦٠ .

(٣) يلاحظ من هذه النصوص ان بعضها يشترط كراهية الزوجة وبعضها يشترط الكراهية منها دون تحديد. والصحيح أن الكراهية يجب ان تكون من الزوجة وسبب التفرقة انهم يفرقون بين الخلع والمباراة ولكن الراجح انه لا فرق بينهما .

قال في السرائر ٣٤٩ : الخلع لا يكون الا بكراهة من جهة المرأة دون الرجل والمباراة تكون الكراهة منهما . وقال:

اما اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة والاخلاق ملتئمة واتفقا على الخلع فبذلت له شيئاً على طلاقها لم يحل ذلك وكان محظوراً لاجماع اصحابنا .

(٤) المنتزع المختار ٢/٤٣٦ والشرط الاول هو ان تكون صحيحة التصرف .

(٥) الروضة الندية ٢/٦٢ .

(٦) الروض النضير ٤/١٦٩ .

وقال في التاج المذهب [1] ويشترط لصحة الخلع : ان تكون وقت الخلع ناشزة ولا نشوز مع سوء العشرة من أو أضراره .

وعند الحنابلة : قول للامام احمد يحتمل التحريم اذا لم يكن النشوز من الزوجة فقد جاء في المغنى [2]:

ويحتمل كلام الامام احمد تحريمه فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع [3] .

اما الاباضية : فلم يشترطوا ان تكون الكراهية من الزوجة بل قالوا بوجود النشوز من احدهما لجواز الخلع .

قال في شرح النيل : ولا يجوز لأحدهما الفداء الا بنشوز من الآخر أو بأس [4] .

وقال ابن حجر من الشافعية [5] : ان الشقاق اذا حصل من قبل المرأة فقط جاز الخلع والفدية ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما جميعا وان ذلك يشرع اذا كرهت المرأة عشرة الرجل واو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها ..

• • •

(١) التاج المذهب ٢/١٧٦ .

(٢) المغني ٨/١٧٤ .

(٣) ولكن جاء في الانصاف ٨/٣٨٣ فان خالعته بغير ذلك وقع مع استقامة الحال - وهذا المذهب .

(٤) شرح النيل ٣/٤٩٨ .

(٥) فتح الباري ٩/٣٥١ .

٣ - شرط عدم المضارة من الزوج :

لا مجال للبحث في المذاهب التي اشترطت الكراهة من الزوجة في الخلع بحيث لو لم تكن كذلك لكان الخلع باطلاً وهي الظاهرية والزيدية والجعفرية [١].

أما المذاهب التي أجازت الخلع مع الكراهة في حالة عدم نشوز الزوجة اشترطت الا يكون ذلك بتضييق وارهاق الزوج لتفتدي نفسها منه . فهذه المذاهب اختلفت أيضاً في حال عضل الزوج واضراره بالزوجة هل يقع أم لا يقع ؟..

قال الحنابلة : إذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه فلا يجوز الخلع وان كان بالتراضي ويقع الطلاق رجعيا ويرد لها ما أخذ منها .

جاء في الانصاف [٢] : فاما أن عضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها . إلا أن يكون طلاقاً فيقع رجعياً [٣] .

وقال في المغني: [٤] اذا عضل الرجل زوجته وضارّها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود .

---

(١) اجاز الجعفرية العضل في حال واحدة وهي اذا اتت زوجته بفاحشة وهي الزنا فيجوز العضل لتفتدي نفسها لقوله تعـالى : « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » وقيل لايصح ذلك . الروضة البهية ٢/١٦٦ .

(٢) الانصاف ٨/٣٨٣ .

(٣) في وقوع الطلاق رجعياً او بائناً خلاف منشأة الخلاف حول وقوع الخلع بدون عوض فمن قال ان الخلع بدون عوض يقع بائناً قال هنا يقع بائنا ومن قال يقع رجعياً قال ايضاً هنا يقع رجعياً لأن الخلع في حال العضل ورد المال يأخذ حكم الخلع بدون عوض فليراجع في محله.

(٤) المغني ٨/١٧٨ .

وذهب المالكية لأكثر من ذلك فقالوا اذا تم الخلع وقبض الزوج العوض ثم تبين أن سبب الخلع اضرار الزوج بزوجته أو أن به عيباً يجيز لها طلب الفرقة قالوا يرد عليها ما أخذه منها .

قال الخرشي [1]: اذا ادعت المرأة بعد المخالعة انها ما خالعته الا عن ضرر واقامت بينة سماع على ذلك فان الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه. ولا يشترط في هذه البينة السماع من الثقات. والمقصود بالضرر: الضرر الذي لها التطليق به.

وجاء في المدونة [2] قلت: أرأيت لو كان النشوز من قبل المرأة ايحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع قال: نعم اذا رضيت بذلك ولم يكن في ذلك ضرر منه لها .

وقال القرطبي [3]: وان كان النشوز من قبل الرجل بأن يضيق عليها ويضرها رد عليها ما اخذ منها .

وقال الدسوقي [4] وقال عبدالملك: اذا ظهر العيب بالزوج رد ما اخذ منها لأنها كانت مالكة لفراقه .

وجاء في الموطأ [5] :

قال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها **أنه اذا علم ان زوجها أضرَّ بها وضيّق عليها وعُلم انه ظالم لها، مضى الطلاق، وردّ عليها .**

وقال مالك: فهذا الذي كنت اسمع والذي عليه امر الناس عندنا

وقال الأحناف: انه لا يجوز للزوج ان يعضل زوجته وان يؤذيها لتفتدي نفسها منه وان فعل جاز قضاء ولكن لا يجوز ان يأخذ مما اعطاها شيئاً ديانة وكل هذا ايضاً بينه وبين ربه اما في القضاء فالكل جائز .

---

(١) شرح الخرشي ٣/١٥٨.

(٢) المدونة ٥/١٧ .

(٣) تفسير القرطبي ٣/١٣٩.

(٤) حاشية الدسوقي على الدردير ٢/٢٩٠ .

(٥) الموطأ ٣/١٨٥

ويبدو لي ان سبب ما ذهب اليه الاحناف رغم ان النهي صريح بقوله تعالى: « ولا تعضلوهن فتذهبوا ببعض ما أتيتموهن »: ان النهي عندهم لا يقتضي فساد المنهى عنه اذا كان النهي لا لذات المنهى عنه .

اما الحنابلة فالنهي عندهم يقتضي فساد المنهى عنه ولذلك قالوا ببطلان الخلع في هذه الحالة. ولهذا فان ابن الهمام وان مال الى رأي الظاهرية في عدم حل أخذ المال في حال عدم النشوز وان كان برضاها عاد فقال الا ان الخلع صحيح لأن النهي لا يعني الخلع بل الأمر خارج عنه كالبيع وقت النداء [1] .

قال في البحر الرائق [2] : ويكره للزوج أخذ شيء منها اذا كان النشوز من قبله . والمراد بالكراهيه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب . والحق ان الأخذ في هذه الحالة حرام قطعاً لقوله تعالى «فلا تأخذوا منه شيئاً» ولا يعارضه الآية الأخرى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » لأن تلك فيما اذا كان النشوز من قبله فقط والأخرى فيما اذا خافا الا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط نشوز. على انهما لو تعارضا كانت حرمة الأخذ ثابتة بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق .

وفي امساكها لا لرغبة بها بل اضرارا لها وتضييقا ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك. وقال تعالى : «ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا . ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ». فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ

---

(١) فتح القدير ٢٠٣/٣

(٢) البحر الرائق ٨٣/٤ .وقال في المبسوط : الاصل في الخلع ان النشوز اذا كان من الزوج فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً بازاء الطلاق بقوله تعالى : وان اردتم استبدال زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذو منه شيئاً . ثم قال هذا ديانة . اما في الحكم فالخلع صحيح والمال واجب .

مالها فيكون حراماً ، الا أنه لو أخذ جاز في الحكم وان كان بسبب خبيث .

وقال الاباضية [1] : ومن تغلب على زوجته فحملها مالا تطيقه من تضييع حقوق وضيق معيشة وسوء معاشرة حتى افتدت منه لم يحل له اخذه فيما عند الله وان جاز في الحكم . ولزمه الرد ان تاب . ولها أن تأخذه من ماله خفية .

وقال صاحب الروضة الندية [2] : اذا اذاها بمنع بعض حقوقها حتى ضجرت فاختلعت نفسها فهذا الفعل منه حرام ولكن الخلع نافذ .

ويبدو لي ان الرجل اذا عضل زوجته ليأخذ منها مالا على طلاقها أمر منهى عنه بنص القرآن بقوله تعالى : «ولا تعضلوهن . . . » والنهي يقتضي فساد المنهى عنه لدى الحنابلة والمالكية والجعفرية . ولهذا وجب على الزوج ان يرد ما دفعه الى زوجته فان لم يفعل فعلى الزوجة أن ترفع امرها الى القضاء وعلى القاضي ان يحكم لها بذلك .

. . .

---

(١) شرح النيل ٣/٤٩٨ .

(٢) الروضة الندية ٢/٥٩ .

المطلب الثاني ـ مقدار العوض

قلنا ان بعض المذاهب لا تجيز الخلع الا اذا كان النشوز من جانب الزوجة وأما إذا كان من جانب الزوج فيبطل الخلع ويرد المال ، وفي وقوع الطلاق خلاف . وقد اجازت بعض المذاهب الخلع ولو كان النشوز من جانب الزوج . اما فيما يتعلق بمقدار العوض فقد اختلفت الآراء في تحديده .

قال الفخر الرازي (١) : قال بعض لا يجوز ان يأخذ اكثر مما اعطاها .. وقال آخرون بل دون ما اعطاها .

واما سائر الفقهاء فانهم جوزوا بالمخالعة بالأزيد والأقل والمساوي .

وقال الطبري (٢) : « غير اني اختار للرجل استحبابا لا تحتيما اذا تبين من امرأته ان افتداءها منه لغير معصية لله بل خوفاً منها على دينها ان يفارقها بغير فدية ولا جعل فان شحت نفسه بذلك ، فلا يبلغ بما يأخذ منها جميع ما أتاها » .

ولهذا فسنقسم هذا البحث الى شعبتين :

١ ـ اذا كان النشوز من جانب الزوجة .

٢ ـ اذا كان النشوز من جانب الزوج .

أولاً : فاذا كان النشوز من جانب الزوجة فهل يحل للزوج ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها ام لا يجوز ذلك ؟...

الفقهاء في هذا الموضوع على ثلاثة أقوال :

١) لايجوز أن يأخذ الزوج اكثر مما اعطاها إذا كان النشوز من جانبها .

٢) يجوز له أن يأخذ أقل أو اكثر مما اعطاها .

٣) لايجوز أخذ الزيادة ديانة وتجوز قضاءً .

---

(١) تفسير الرازي ٢/٣٧٧.

(٢) تفسير الطبري ٤/٥٨٠ .

١ – قال الزيدية لا يجوز الخلع باكثر مما دفع الزوج لزوجتـه من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولأولادها . فلو خالعها على اكثر من ذلك بطلت الزيادة .

جاء في المنتزع المختار[١] : «ولا يحل منها اكثر مما لزم بالعقد لها ولاولادها منه . أي مهرها ونفقتها ونفقة عدتها واجرة تربية الاولاد الصغار ونفقتهم» .

وقال في التاج المذهب[٢] : «وان كان النشوز من الزوجة فلا يحل للزوج ان يأخذ منها غير تبرع ، اكثر مما لزم عليه وجوباً بعقد النكاح الذي خالعها فيه من مهر ونفقة وكسوة مما هو واجب لها من يوم تزوجها الى يوم الخلع وما لزم لها من نفقة العدة الى يوم انقضائها وكذا ما لزم لها من تربية وحضانة لأولادها الى سن الاستقلال» .

وقال في الروضة الندية[٣] : «ويجوز بالقليل والكثير مالم يجاوز ماصار اليها منه» .

٢ – وقال الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية يجوز ان يأخذ منها اكثر مما أعطاها مادام ذلك بالتراضي بين الزوجين .

جاء في المحلى[٤] : «ولها أن تفتدي بجميع ماتملك» .

وجاء في الروضة البهية[٥]. «ويجوز ان يأخذ منها زائداً عما وصل اليها منه».

وقال في السرائر[٦] «ويجوز أن يأخذ منها مهر مثلها وزيادة» .

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٤٢.

(٢) التاج المذهب ٢/١٨٤ .

(٣) الروضة الندية ٢/٦٠ وقال الشوكاني في تفسير الفتح القدير : وظاهر القرآن جواز الزيادة على دفعه لعدم تقييده بمقدار معين ١/٢١٣.

(٤) المحلى ١٠/٢٣٥ .

(٥) الروضة البهية ٢/١٦٦.

(٦) السرائر ص ٣٤٩ .

وجاء في مغنى المحتاج : يصح العوض قليلاً أو كثيراً[١] .

قال ابن رشد في بداية المجتهد : وجائز عند مالك ان تختلع باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها[٢] .

وقال مالك في الموطأ : لابأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما اعطاها[٣]

٣ ـ وقال الأحناف والحنابلة لايجوز ان يأخذ اكثر مما أعطاها فان فعل ذلك اثم ديانة والخلع صحيح ولا يرد ما اخذ قضاء لاديانة .

وفي رواية عند الحنابلة عن احمد انه يرد الزيادة .

قال الجصاص : وقال أبو حنيفة وزفر أبو يوسف ومحمد : اذا كان النشوز من قبلها حل له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد . فان فعل جاز في القضاء[٤] .

وجاء في الانصاف : ولا يستحب ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها. فان فعل كره وصح . هذا المذهب . وقال ابو بكر لايجوز ويرد الزيادة . وهو رواية عن احمد[٥] .

ما نراه في تحديد عوض الخلع .

والذي أراه ان قوله تعالى : «ولا يحل لكم ان تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً الا أن يخافا الا يقيما حدود الله . » فيه مايدل على حظر اخذ اكثر مما أعطاها

---

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٦٥ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٤٠.

(٣) الموطأ ٣/١٨٥ .

(٤) احكام القرآن للجصاص ١/٤٨٤.

(٥) الإنصاف ٨/٣٩٨ .

ولهذا فيجب تحديد بدل الخلع بما دفعه لها لا اكثر من ذلك لمفهوم الآية الكريمة بقوله تعالى : «مما أتيتموهن ...»

وهناك امر آخر وهو اننا اذا اردنا عدم تحديد مقدار العوض ، تعسف الزوج في عوض الخلع وبذلك لايتحقق .

ودليلنا في هذا قوله صلى الله عليه وسلم لزوجة ثابت بن قيس : اما الزيادة فلا .

وعلى هذا فاننا نرى ان ينص المشرع على تحديد بدل الخلع بمبلغ لايتجاوز الصداق الذي ساقه الزوج لزوجته للأمور التالية .

١ – لمدلول الآية الكريمة : ولايحل لكم ...

٢ – وللحديث النبوي في قصة ثابت بن قيس ...

٣ – وللمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لايتعسف الزوج في قبوله .

• • •

ثانيا : اما اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهية منه :

ان المذاهب التي لم تجز الخلع الا اذا كان النشوز والكراهية من جانب الزوجة فلا مجال للبحث فيها عن مقدار العوض [1] .

اما المذاهب الأخرى فقد اختلفت

قال الاحناف : اذا كان النشوز من جانب الزوج فلا يصح ان يأخذ على خلعها شيئاً ابداً اما ان فعل ذلك واخذ بدلاً عن الخلع جاز قضاء واثم ديانة .

قال الجصاص : وان كان النشوز من قبله لم يحل له ان يأخذ منها شيئاً فان فعل جاز في القضاء[2] .

---

(١) يلاحظ في المذهب الجعفري ان الذين فرقوا بين الخلع والمباراة قالوا في الخلع لا يجوز ولايقع الا اذا كانت الكراهيه من الزوجة أما في المباراة فيجوز أن تكون الكراهية منها ويجوز أن يأخذ اكثر من المهر . السرائر ص ٣٤١ .

(٢) احكام القرآن للجصاص ١/٤٦٤–٤٦٧ .

وقال : اذا خلعها على اكثر مما اعطاها او خلعها على مال والنشوز من قبله ان ذلك جائز في الحكم وان لم يسعه فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال الثوري : اذا كان من قبله فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً .

وقال في مجمع الأنهر[٣] : «وكره تحريماً وقيل تنزيهاً للزوج اخذ شيء من المهر وان قل لقوله تعالى « فلا تأخذوا منه شيئاً » ان نشز الزوج وكرهها وباشر أنواع الأذى . وكره اخذ اكثر مما اعطاها من المهر ان نشزت المرأة».

وهنا نرى انه لايجوز للزوج ان يأخذ في حال نشوزه شيئاً مما اعطاها والا كان ذلك سبيلاً لارهاق الزوجات في سبيل التخلص من حياتهن الزوجية بدفع اموالهن لأزواج فسدت اخلاقهم وضاعت ضمائرهم وهذا **يخالف مذهب الاحناف فانهم قالوا لايجوز ديانة . واي مانع لدى القاضي ان يحكم بالديانة اليس العمل بالديانة هو الأوفق للمصلحة والاكثر عدالة .**



---

(١) مجمع الانهر ١/٤٤٧ .

المطلب الثالث ـــ نوع العوض الذي يتم به الخلع

كل ما صح ان يكون مهراً صح ان يكون بدل خلع بين الزوجين . سواءاً كان قيمياً ام مثلياً او منفعة مقدراً بمال [1] . واذا مافسد عوض الخلع انقلب الى خلع بدون عوض فيأخذ حكمه .

ولا خلاف بين الفقهاء في انه يجوز ان يكون بدل الخلع نفقة الزوجة على زوجها او نفقة ولدها الصغير أو أجرة حضانته على ان تكون المدة محددة معلومة [2]

فاذا لم تقم الزوجة بالانفاق على ولدها في المدة المقررة او مات خلالها يعود الزوج على زوجته بالنفقة عن المدة المتبقية في ذمتها [3] وكذلك لو أعسرت بالانفاق على طفلها تعود على زوجها بالنفقة وذلك لمصلحة الصغير [4]

---

(١) المال في الاصطلاح الفقهي كل مايمكن تملكه وادخاره لوقت الحاجة . تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٢٧٦ ط١٩٥٩ .

(٢) جاء في الفتاوي المهدية ٣٧٩/١ سئل في امرأة أبرأت زوجها وتحملت نفقة اولادها منه وارضاعهم في نظير طلاقها على طلقة بائنة فهل يكون لها الرجوع عليه ومطالبته باجرة الحضانة والنفقة حيث لم يقع تعيين لمدة التحمل المذكورة . اجاب فى التنوير : شرط البراءة من من نفقة الولد ان حددت له وقتاً كسنه صح ولزم والا لا .

انظر حكماً لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٤٢/١٠/٢٦

(٣) وخالف بذلك الاباضية فقالوا لا يرجع الوالد على الزوجة بشيء اذا مات الولد . شرح النيل ٤٨١/٣ .

(٤) جاء في حكم لمحكمة الجمالية الشرقية بمصر : المنصوص عليه شرعاً ان المرأة اذا اختلعت من زوجها برضاع ولدها الذي هي حامل به الى سنتين جاز وعليها اذامات او لم يكن ثمت في بطنها ولد او ماتت هي ، قيمة الرضاع واجرة رضاع سنة اذا مات بعد سنة من تاريخ ولادته الا اذا استثنت حالة الموت عند اشتراط ذلك فلا تضمن . المحاماه الشرعية س ١٠ ع ٤ ٢٠ نوفمبر ١٩٣٣ ١٢ شعبان ١٣٤٢ هـ .

الخلع على اسقاط حق احد الزوجين في امساك ولده مدة الحضانة :

اذا خالعت الزوجة زوجها على أن تمسك ابنها بعد تجاوزه سن الحضانة الى أن يبلغ الحلم او اتفق على ان تسقط الزوجة حقها لزوجها في امساك الطفل فهل يجوز الخلع ويصح الشرط ؟؟ .

اختلف الفقهاء في هذا الشرط وسبب الخلاف في نظري يعود الى حق الحضانة نفسه هل هو حق خاص للحاضنة يسقط بالاسقاط بحيث يجوز لها التنازل عنه ام هو حق للطفل تلزم به الأم او الوالد ولا يجوز لأحدهما التنازل للآخر عنه ؟ . .

ذهب الاحناف الى ان حق الحضانة هو حق الطفل لايملك احد الأبوين التنازل عنه فاذا تخالعا على ذلك صح الخلع وبطل الشرط .

جاء في المبسوط [1] :

لايجوز الخلع على أن تتنازل عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا حق للولد. وبقاؤه عند امه انفع له. ولهذا لو تزوجت شخصاً آخر عاد الى ابيه لأنهاتشغل بخدمة زوجها الثاني . وطالما انه حق للولد فليس لها ان تبطله بالشرط فاذا خالعته على ان تترك الولد عنده فالخلع جائز والشرط باطل [2]

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائيـة [3] : اذا اختلعت المرأة من زوجها على ان تترك ولدهـا عند الزوج فالخلع جـائز والشرط باطـل اذ ان الأم تكون أحق بالولد لحق الولد فان كون الولد عندهـا انفع له . . . واذا ثبت ان هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط .

---

(٢) المبسوط ١٦٩/٦.

(٣) هذا بخلاف ماذا اختلعت على امساك ابنتها عندها الى ان تبلغ الحلم . فان ذلك صحيح لان من الفقهاء من جعل الام هذا كله . فرق الزواج الشيخ علي الخفيف ص١٧٦ .

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٨/٣/١٩٥٦ .

جاء في الفتاوى الخيرية : سئل في رجل سألته زوجته أن يطلقها على ارضاع ولدها الذي هي حامل به وعلى امساكه مدة سنين معلومة فطلقها على ذلك هل يلزمها ذلك ويكون حكمه حكم الخلع ؟.

فأجاب : نعم يلزمها شرعاً فقد صرحوا بصحة الخلع على امساك الولد مدة معلومة وعلى ارضاعه اذا كان رضيعاً وان لم يبين المدة وترضعه حولين[1] .

المالكية :

اما المالكية فالمعروف عندهم انه يجوز للزوجة أن تتنازل عن الحضانة لزوجها. ولكني وجدت ان هذا الحق مقيد بعدم الاضرار بالولد لان للولد حقاً في حضانته فاذا تضرر الولد لم يجز هذا التنازل اتفاقاً .

وقد نص الدردير في شرحه مختصر خليل على ان الخلع يجوز باسقاط حضانة الزوجة للاب وينتقل الحق له .

ولكن الدسوقي قيد ذلك في حاشيته بقوله و هذا مقيد بان لا يخشى على المحضون ضرراً اما بعلوق قلبه بامه أو لكون مكان الام غير حصين والا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقاً .

الامامية :

وقال الامامية يجوز للزوجة أو الزوج التنازل عن حضانة ولدهما اذا تم الاتفاق على ذلك لأنه لم يرد نص في وجوب هذا الحق لأحد الابوين دون الآخر[2] .

---

(١) الدردير على خليل ٢/٤٠٨ .

(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١١٢ .

الفرع الخامس

الخلع لدى القاضي

هل يشترط ان يكون الخلع لدى القاضي ام انه يكفي فيه تراضي الزوجين دون اذنه . اختلف السلف في ذلك .

روى الحسن وابن سيرين : ان الخلع لا يجوز الا عند السلطان .

وقال سعيد بن جبير : لا يكون الخلع حتى يعظها فان اتعظت والا هجرها فان اتعظت والا ضربها فان اتعظت والا ارتفعا الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها فيرويان ما يسمعان الى السلطان فان رأى بعد ذلك ان يفرق فرق وان رأى ان يجمع جمع .

وروي عن علي وعمر وعثمان وابن عمرو وشريح والزهري . ان الخلع جائز دون السلطان(١) .

وجمهور الأئمة والفقهاء على ان الخلع يجوز بدون القاضي .

وخالف بذلك بعض الشيعة الجعفرية فقالوا لا بد من اذن القاضي . اما جمهور الجعفرية فلا يشترطون اذن القاضي ولكنهم قالوا يستحب ذلك .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٤/٤٦٨ .

وهذه آراء جمهور الفقهاء .

جاء في المبسوط[١] : والخلع جائز عند السلطان وغيره لانه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض . وللزوج ولاية ايقاع الطلاق. ولها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد .

وقال ابن قدامه : ولا يفتقر الخلع الى حاكم[٢] . وقال بعد ان ذكر رأي من اشترط اذن السلطان . ولنا قول عمر وعثمان .

ولانه معاوضة فلم يفتقر الى السلطان كالبيع والنكاح .

ولانه قطع عقد بالتراضي اشبه الاقالة .

وروى البيهقي : عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان رجلا خلع امرأته في ولاية عثمان رضي الله عنه عند غير السلطان فاجازه عثمان رضي الله عنه[٣] .

وقال ابن حزم بعد ان ذكر اقوال الحسن وابن سيرين قال « وهذا كله لا حجة على تصحيحه[٤] ».

وقال خليل : «وجاز الخلع وهو الطلاق بعوض بلا حاكم[٥] ».

وقال الطحاوي بعد ان ذكر رأي من اشترط اذن السلطان : انه شاذ مخالف لما عليه الجم الغفير .[٦]

وعند الجعفرية قولان : جاء في التهذيب والاستبصار : ولا يكون ذلك

---

(١) المبسوط ٦/١٧٣ .
(٢) المغني ٨/١٧٤ .
(٣) سنن البيهقي ٧/٣١٥ .
(٤) المحلى ١٠/٢٣٧ .
(٥) حاشية الدسوقي ٢/٤٠٦ .
(٦) الفتح الباري ٩/٣٢٦ .

الا عند السلطان[1] . ولكني وجدت نصاً معللا في كتاب مختلف الشيعة يقول فيه [2] : المشهور عند علمائنا : ان الخلع لا يفتقر الى السلطان بل يجوز لغيره.

وقال ابن الجنيد : ولا يكون ذلك عند سلطان قيم بأمر المسلمين .

ولنا : انه عقد معاوضة فلم يكن من شرط الحاكم كسائر العقود .

ولانه طلاق فلا يشترط فيه السلطان .

واحتج : (ابن الجنيد) بما رواه زرارة عن الباقر[3] الى ان قال ولا يكون ذلك الا عند سلطان . ولانه تعالى قال : فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به . وهذا خطاب للحاكم والجواب على الاول : بالحمل على الاستحباب . وعن الثاني ان الخطاب مع الازواج وعلى انه لايجوز التخصيص للدليل .

ادلة الجمهور :

١ ـ عموم آيات القرآن التي جاءت بحكم الخلع حيث لم تشترط اذن السلطان .

٢ ـ انه قول عمر وعثمان وجمهور الصحابة .

٣ ـ ان الخلع عقد معاوضة فلا يفتقر الا الى التراضي فهو كسائر العقود التي تتم بدون حضور القاضي .

٤ ـ ان الخلع طلاق والرجل يملك هذا الحق بدون اذن احد .

ادلة الأخرين :

ذكر ابن الهمام في الفتح القدير انه لم يجد لمن قال بوجوب اذن السلطان

---

(١) التهذيب ٢٧٦/٢ . والاستبصار ٣١٨/٢ وسند الحديث في الاستبصار . رواه احمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن اسماعيل بن بزيع عن صفوان عن موسى بن بكر عن زراره عن ابي جعفر عليه السلام قال .

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٤ مخطوط

(٣) يبدو ان ابن الجنيد احتج بالحديث الذي رويناه في التهذيب وسنده كما ذكرنا في الاستبصار عن زراره ..

في الخلع حجة لرأيهم ولكنه استظهر لهم دليلا فقال : وأما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم أره . ويظهر ان قوله تعالى : «فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» فانه تعالى شرعه مشروطاً بخوف الائمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى : فان خفتم ، وهذا فرع الترافع اليهم[1] .

ومعنى قول ابن الهمام : وهذا فرع الترافع اليهم . أي لا معنى للترافع اذا لم يكن الاذن ضروريا ، فلو لم يكن اذن القاضي شرطاً في الخلع لما كان هناك معنى للترافع الذي استلزمه اشتراط خوفه[2] .

ولكني وجدت حجة من قال باشتراط اذن السلطان نقلها ابن حجر في الفتح الباري[3] وهي ما استظهره ابن الهمام .

قال بعد ان ذكر رأي الحسن البصري أنه لايجوز الخلع دون السلطان قال : واختاره ابو عبيد واستدل بقوله :

١ - قوله تعالى : فان خفتم الا يقيما حدود الله .

٢ - وبقوله تعالى : وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها .

قال : فجعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فان خافا . وقوى ذلك بقراءة حمزة الا أن يخافا (بالضم) قال : والمراد الولاة .

وجاء في معاني القرآن للفراء وهو مخطوط بدار الكتب المصرية : قرأها حمزة على هذا المعنى : « الا أن يخافا » ولا يعجبني ذلك وقرأها بعض أهل المدينة

---

(١) فتح القدير ٣/٢٠٢ .

(٢) رسالة مخطوطة للشيخ عبد الله العشيري في المكتبة الازهرية.

(٣) الفتح الباري ٩/٢٢٦ .

كما قرأها حمزة[1] .

ويبدو لي أنه يجب ان نفرق بين حالين : حال التراضي بين الزوجين على المخالعة فلااشترط اذن القاضي . وبين حالة اخرى هي الغالبة وهي حال النشوز والكراهية من احدهما للآخر فيجب ان يكون ذلك بأذن القاضي ليتحقق على الأقل من شروط الخلع والذي منها على رأي فريق من الفقهاء الكراهية : كراهية الزوجة لزوجها وعدم ظلم الزوج لزوجته وعدم جواز اخذ أكثر مما اعطاها . كل هذه شروط وضعها فريق كبير من الفقهاء . أفلا يستحسن ان يكون كل ذلك باشراف القاضي وحضوره ليسهر على تطبيق احكام الله في المخالعة بين الزوجين ؟ .

وخلاصة القول الذي نراه بأنه اذا تم الاتفاق بين الزوجين بالرضا التام على المخالعة فلاحاجة للقضاء ، والا رفع الامر للقاضي .

---

(١) وقال الفراء : وفي قراءة ابى : الا ان يظنا الا يقيما حدود الله والخوف والظن متقاربان في كلام العرب :

قال ابو محجن الثقفي : اذامت فادفني الى جنب كرمة تروي عظمي بعد موتي عروقها
ولاتدفنني في الفلاة فأنني اخاف اذا مامت ان لاأذوقها

والخوف في هذا الموضع كالظن لذلك رفع اذوقها .

معاني القرآن ١/١٤٥ وقد تم طبع الجزء الاول في مطبعة دار الكتب المصرية .

المبحث الثالث

آثار الخلع

ان الاثر الذي يرتبه الخلع بين الزوجين هو الفرقة بينهما .. [1] فهل هذه الفرقة طلاق ينقص عدد الطلقات ام هو فسخ ؟.. واذا كان طلاقاً فهل هو طلاق بائن ام طلاق رجعي ؟

ان الاصل في كل فرقة تمت بين زوجين ان تكون طلاقاً . الا ان الخلع نظراً لما يرافقه من عوض وما اشترط بعض الفقهاء فيه ان يكون لدى القاضي. وأنه غالباً ما يكون بطلب من المرأة . كل هذا كان سبباً للاختلاف بين الفقهاء حول الاثر الذي يحدثه بهذه الفرقة .

قال فريق من الفقهاء ان الخلع طلاق وذهب فريق آخر الى انه فسخ . والذين قالوا انه طلاق على ثلاثة آراء :

١ – منهم من قال انه بائن .

٢ – ومنهم من قال انه رجعي .

٣ – ومنهم من قال انه بائن وينقلب الى رجعي في حالات .

---

(١) وقال بعض الفقهاء : من آثار الخلع ايضاً اسقاط الحقوق الزوجية .

الخلع طلاق بائن

روى هذا الرأي عن عثمان وعلي وابن مسعود وبه قال مالك والثوري وابو حنيفة واصحابه والاوزاعي ورواية عن احمد والقول الصحيح للشافعي . كما روى عن عطاء وشريح والشعبي وابراهيم النخعي .

تفصيل آراء المذاهب :

قال الاحناف: ان الخلع تطليقة بائنة[١] لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام .

جاء في المبسوط[٢] : الخلع تطليقة بائنه والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه .

وقال المالكية في بداية المجتهد[٣] : ان الفسوخ هي التي تقتضي الفرقة الغالبة

---

(١) جاء في حكم لمحكمة منفلوط الشرعية بمصر ان الطلاق على البراءة يقع بائناً لأنه طلاق بعوض ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة الشرعية ع ٨/٩ .

اما اذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها فهل يقع رجعياً ام بائناً؟ اختلف الأئمة والقضاء في مصر في ذلك .

ففي حكم لمحكمة ابو قرقاص الشرعية يعتبر الطلاق بائناً متى ادعى الزوج حصوله على البراءة ولو لم يثبتها . ٢٩ شوال سنة ١٣٥٢ هـ ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة س ٢ ص ١٧٣ .

وفي حكم لمحكمة الفشن الشرعية — ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يجعله رجعياً . ٢١ صفر سنة ١٣٥٠ ٧ يوليه سنة ١٩٣١ — المحاماة الشرعية العدد ١٠ .

(٢) المبسوط ١٧٧/٦ .

(٣) بداية المجتهد ٤١/٢ .

للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره . وهذا راجع الى الاختيار . فليس بفسخ واذن هو طلاق .

وجاء في المجموع للزيدية [١] : حدثني زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام قال اذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقه .

وقال الحنابلة في المحرر [٢] والخلع طلقة بائنة .

وهذه رواية عن احمد . — وسيأتي معنا ان المذهب على ان الخلع فسخ — .

— وجاء في الوجيز للشافعية [٣] : الصحيح انه طلاق — .

وقال المزني [٤] : واذا كان الفراق عن تراض ولا يكون الا بالزوج والعقد صحيح ليس في اصله علة ، فالقياس عندي انه : طلاق .

وقال الاباضية في شرح النيل [٥] : والفداء بأنواعه طلاق عند الاكثر . وقال شاذ منا انه غير طلاق .

• • •

(١) المجموع الفقهي ١٦٦/٤ .وروى ابن حزم هذا الحديث عن مجاهد وقال انه لايصح لأن مجاهداً لم يدرك علياً إلا انه في هذا الحديث اتصل السند بعلي بن ابي طالب .

(٢) المحرر ٤٠/٢ وقد قدم رواية ان الخلع طلاق ثم ذكر أن الخلع فسخ هو الأصح .

(٣) الوجيز للغزالي ٤١/٣ .

(٤) مختصر المزني ٥٢/٤ .

(٥) شرح النيل ٤٨١/٣ .

أدلة من قال ان الخلع طلاق بائن

١ ـ مارواه ابن عباس عن النبي عليه السلام انه قال لثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة. وان كان افتى بغير ذلك فالعبرة بروايته لا بفتواه .

وقدروى ايضا مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت المعوذان عدة المختلعة عدة المطلقة .

٢ ـ مارواه سعيد بن المسيب : ان النبي جعل الخلع تطليقة [١] . وهذا وان كان مرسلا ولكن مراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين [٢] .

٣ ـ لو كان الخلع فسخاً لما صح بغير الصداق كالاقالة في البيع والاقالة غير جائزة بأقل من الثمن [٣] .

وبما أن الخلع يجوز بأقل من الصداق وبأكثر منه لم يكن فسخاً فهو اذن طلاق [٤] .

---

(١) قال الزيلعي ٢/٢٦٨ : وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً. وقال العيني في عمدة القاري ٢٠/٢٦١ رواه الدارقطني والبيهقي ، ولكنه اعل بعباد بن كثير احد رجاله .

(٢) قال ابن الهمام في الفتح القدير : ومراسيل سعيد لها حكم الوصل لأنه من كبار التابعين وكبار التابعين قلّ ان يرسلوا عن رسول الله إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادراً فمن ثقة هكذا تتبعت مراسيله ٣/٢٠١ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١ .

(٤) ذكر صاحب الدر المختار في هذا الموضوع انه لو قضى بكون (الخلع) فسخاً نفذ لأنه مجتهد فيه . وقال ابن عابدين :لأنه موضع اجتهاد صحيح بمعنى انه يسوغ فيه الاجتهاد لأنه لم يخالف مجتهداً فيه حتى لو حكم به حاكم يراه لا ينفذ ولا يخفى ان المراد بقوله نفذ هو ما لو حكم به حنبلي بخلاف الحنفي فإنه وإن صح حكمه بغير مذهبه على احد القولين لكنه في زماننا لا يصح اتفاقاً لتقييد السلطان قضائه بالحكم بالصحيح من مذهبنا فلا ينفذ حكمه بالضعيف فضلاً عن مذهب الغير .

٤ ـ ماروى هشام بن عروة عن ابيه عن جمهان ان ام بكرة الاسلمية كانت تحت عبد الله ابن اسيد فاختلعت منه ، فقدما الى عثمان بن عفان فأجاز ذلك وقال : هي واحدة الا أن تكون سميت شيئاً فهو على ماسميت [١] .

٥ ـ ماروي عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود انه قال : لاتكون تطليقه بائنة الا في فدية وايلاء [٢] .

• • •

(١) المحلى ٢٣٨/١٠ .

(٢) زاد المعاد ٣٦/٤ ولكن ابن القيم يقول : ليس معنى كلامه أن الخلع طلاق بائن بل مراده ان يقول : ان الطلقة في الخلع تقع بائنة لا ان الخلع يكون طلاقاً بائناً . وهذا تأويل بعيد .

الخلع طلاق رجعي

قال سعيد بن المسيب والزهري : الزوج بالخيار بين امساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة [1] . وبهذا الرأي اخذ الظاهرية فقالوا ان الخلع طلاق رجعي .

قال ابن حزم [2] : «وهو طلاق رجعي الا ان يطلقها ثلاثا أو آخر ثلاث ، او تكون غير موطوءة فان راجعها في العدة جاز ذلك أحبت ام كرهت ، ويرد ما اخذ منها اليها.»

ودليل ابن حزم في ان الطلاق رجعي :

١ ـ هو مانقل عن سعيد بن المسيب والزهري في المختلعة .

٢ ـ وان الطلاق البائن الذي لارجعة فيه هو الثلاث وقبل الدخول فقط وما غيرهما فهو طلاق رجعي .

وقد يرد على هذا ان الخلع شرع لتتخلص الزوجة من زوجها على ان تدفع له مالا لقاء ذلك فكيف تجوز مراجعته .

ويقول ابن حزم : واما رده ما اخذ منها فانما اخذه لئلا تكون في عصمته فاذا لم يتم لها مرادها فمالها الذي لم تعطه الا لذلك مردود عليها . الا أن يبين لها انها طلقة له الرجعة فيها فترضى فلا يرد عليها شيء [3] .

أي ان الزوج يجوز ان يشترط أن له الرجعة بدون رد المال فتصح الرجعة بدون ان يرد اليها مادفعته اليه وهذا برضاها طبعاً . واما الرجعة فثابتة على كل حال .

---

(١) المغني ١٨٢/٨ .
(٢) المحلى ٢٣٥/١٠ .
(٣) المرجع السابق ٢٤٠/١٠ .

الرد على ابن حزم :

وقد رد جمهور الفقهاء على ابن حزم فيما ذهب اليه ان الخلع طلاق رجعي .

قال ابن تيمية[1] : وهذا خطأ فان مقصود الافتداء لا يحصل الا مع البينونة ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين .

وقال ابن قدامه في المغني[2] : وانما يكون فداء اذا خرجت به عن قبضته وسلطانه . واذا كانت الرجعة فهي تحت حكمه :

١ ـ ولنا قوله تعالى : فيما افتدت به .

٢ ـ ولأن القصد ازالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر .

٣ ـ والخلع طلاق بائن لأن الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته املك لنفسها ولأن غرضها من التزام البدل ان تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك الا بوقوع البينونة .

وقال في الروض النضير[3] : ولأنه معاوضة ولا يثبت في المعاوضات استبداد احد المتعارضين بكلا العوضين ضرورة .

وجاء في البحر الزخار : ولا رجعة مع الخلع اذ ثمرته سلطان الزوج عليها[4] .

مناقشة ابن حزم والظاهرية فيما ذهبوا اليه :

انا مع ابن حزم فيما ذهب اليه ان الاصل في الطلاق انه رجعي ولا طلاق بائن في الشريعة الاسلامية الا ما كان قبل الدخول لانه لاعدة فيه، وما كان مكملا للثلاث لان الزوجة تبين به بينونة كبرى .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٢ .
(٢) المغني ٨/١٨٢ .
(٣) الروض النضير ٤/١٦٦ .
(٤) البحر الزخار ٣/١٨٠ .

غير اني اقول لابن حزم ان للعقود والتصرفات في الشريعة الاسلامية هدفاً وغاية فكل تصرف اذا جرد عن هدفه وغايته كان عبثاً والشريعة منزهة عن العبث . فالمرأة حين تطلب المخالعة انما ترمي الى غاية معينة هي ان تتخلص من حياتها الزوجية بعد ان يئست منها وبعد أن فشلت جميع محاولات الصلح بينها وبين زوجها فآثرت ان تدفع له هذا العوض للتخلص من زوجها بل للتخلص من الشقاء الذي اصبح يحوم حولها في بيتها وبين اولادها .

فاذا جاء الزوج وراجعها بعد أن تم الخلع وقبض المال . فهل يحقق الخلع هدفه بهذه المراجعة ؟ بل ما الفائدة من ذلك؟ ان الرجعة شرعها الاسلام للزوج ليتدارك خطأه حيث يندم في فترة العدة أو قد يطلق لسبب قد يبدو له تفاهته أو لذنب اعتقده في زوجته فتبين له خطأه في هذه الاحوال وتلافياً لهذه الهفوات شرع الله الرجعة للزوج ما دامت زوجته في العدة .

أما هنا فالموضوع مختلف لأن المرأة هي التي طلبت الفرقة وقد يكون ذلك بدون موافقة الزوج كما لو كان بحكم القاضي بناء على تحكيم الحكمين فاعطاء حق المراجعة للزوج ينافي الغرض الذي لاجله شرع الخلع .

لو كان الخلع بطلب من الرجل - وهذا لايجيزه ابن حزم - ولم يكن للمرأة دور فيه لقلنا انه يحق له المراجعة ولكن طالما ان المرأة هي التي ساهمت الى حد كبير ان لم اقل انها كل شيء في الخلع فهي التي طالبت زوجها او القاضي بالفرقة وهي التي دفعت العوض بعد ان تعذر عليها استمرار المعيشة الزوجية المشتركة .

ولهذا فيبدو لي ان رأي ابن حزم لا يتفق مع الغاية المرجوة من تشريع الخلع لانه يحقق للزوجة الخلاص الذي شرعه الله لها .

مع ابن القيم فيما فهمه من كلام سعيد بن المسيب والاقالة في الخلع :

جاء في زاد المعاد[1] : وفي تسميته صلى الله عليه وسلم الخلع فدية دليل على ان فيه معنى المعاوضة ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين . فاذا تقايلا الخلع ورد عليها ما اخذه منها وارتجعها في العدة فهل لهاذلك ؟..

منعه الائمة الاربعة وغيرهم وقالوا قد بانت منه بنفس الخلع .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب انه قال في المختلعة : ان شاء ان يراجعها فليرد عليها ما أخذه منها في العدة وليشهد على رجعتها . قال معمر وكان الزهري يقول ذلك .

ويقول ابن القيم :

ولقول سعيد بن المسيب والزهري وجه دقيق من الفقه لطيف المأخذ تتلقاه قواعد الفقه واصوله بالقبول . ولا نكارة فيه غير ان العمل على خلافه . فان المرأة مادامت في العدة فهي في حبسه ويلحقها طلاقه المنجز عند طائفة من العلماء .

فاذا تقايلا عقد الخلع وتراجعا الى ما كانا عليه بتراضيهما لم تمنع قواعد الشرع ذلك وهو بخلاف ما بعد العدة فانها قد صارت منه اجنبية محضة فهو خاطب من الخطاب . ويدل هذا على ان له أن يتزوجها في عدتها منه بخلاف غيره .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ ـ الذي فهمته من هذا النص ان ابن القيم يريد ان يأتي بحكم الإقالة في الخلع وهل تجوز ام لا لأنه جاء بحكم الخلع من حيث انه فسخ ام طلاق في فصل آخر وذكر رأي من قال انه رجعي . ورد عليه بقوله[2] : « وفي الآية دليل

(١) زاد المعاد ٣٥/٤ .
(٢) زاد المعاد ٣٤/٤ .

على حصول البينونة به لانه سبحانه سماه فدية ولو كان رجعياً كما قاله بعض الناس لم يحصل للمرأة الافتداء من الزوج بما بذلته له » .

فابن القيم لا يبحث هنا هـل ان الخلع رجعي ام بائن بل يبحث في جواز التقايل في الخلع وقد بدأ به عبارته وختمهـا به واستشهد بكلامه على رواية سعيد بن المسيب .

٢ – ان ماروي عن سعيد بن المسيب هو حق الرجل بالمراجعة لا التقايل بين الزوجين أي ما نقله سعيد لا يفيد اشتراك الزوجة مع زوجها في المراجعة بل هو حق للزوج وليس لتراضيهما معاً مفهوم في كلامه كما ذهب اليه ابن القيم . وكلام سعيد صريح بقوله : فان شاء ان يراجعها .

٣ – والذي يمكن ان نقوّم به هذا النص ان نحذف منه عبارة سعيد أي ان لا نستشهد بما يريد ان يقوله عن الاقالة بما رواه عن سعيد . فابن القيم يريد في هذا الفصل ان يبحث هل للزوجين التقايل في عقد الخلع فيجيب ان له ذلك من قواعد الشرع واصوله .

وقد سبقه الى ذلك شيخه ابن تيميه دون ان يصرح فيما اطلعت عليه فقد جاء في فتاويه[1] : والجمهور انه لا يملك الزوج وحده ان يفسخ الخلع ولكن لو اتفقا على فسخه كالتقايل فهذا فيه نزاع آخر .

---

(١) فتاوى ابن تيميه ٣/٣٣ وقد جاء في مختلف الشيعة ص ٤٤ وليس عقد النكاح قابلاً للتقايل .

الخلع طلاق بائن وينقلب رجعيا

الزيدية :

قال الزيدية ان الخلع طلاق بائن ولكنه ينقلب الى طلاق رجعي اذا اختلت بعض شرائطه .

جاء في البحر الزخار[1] : ان الخلع طلاق بائن عند الزيدية وصريحه صريح الطلاق .

وقال صاحب الروض النضير[2] : والحجة بانه طلاق حديث ثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وهو نص في كونه طلاقاً .

وقال صاحب التاج المذهب[3]

واذا اختل قيدمن القيود التي اعتبرت في الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه فانه يصبح رجعياً . والأمثلة كثيرة :

١ ــ ان يطلقها بغير عوض سواء كان عقداً أو شرطاً .

٢ ــ ان يكون العوض غير مال .

٣ ـ ان يكون الخلع بعوض صائر كله الى غير الزوج لابعضه فيصبح خلعاً بقدر ما صار اليه .

٤ ــ ان يكون العوض من الزوجة وهي غير ناشرة وكان عقداً فيصبح بالقبول رجعياً .

---

(١) البحر الزخار ١٧٩/٣

(٢) الروض النضير ١٦٦/٤ .

(٣) التاج المذهب ١٩٣/٢ وجاء فيه : هذا بعد تمام اركانه ولم يكن ثالثاً ولا قبل الدخول .

وقد اضاف صاحب المنتزع المختار حالتين :

١ - اذا خالعها وهي غير صحيحة التصرف فينقلب الخلع رجعياً .

٢ - وكذلك اذا كان العوض اي بدل الخلع اكثر من المهر[١] .

هذا هو مذهب الزيدية لم اجد فيه خلافاً سوى ماذكره صاحب الروضة الندية : ان الشوكاني ذهب الى ان الخلع فسخ . ثم ذكر له رأياً آخر ان الخلع طلاق وقال: وهو الصحيح[٢].

الجعفرية :

الخلع عند الامامية طلاق وليس بفسخ ، وتذكر كتبهم ذلك دون الاشارة الى انه بائن او رجعي غير ان الكتب المحققة تشير الى ذلك وان الطلاق البائن هذا ينقلب الى طلاق رجعي .

فالخلع اذن طلاق بائن وينقلب رجعياً اذا رجعت المرأة عن بذلها مادفعته لزوجها بدلاً للخلع . مادامت في العدة . ولا يجوز رجوع الزوج قبل رجوع الزوجة .

اما من لاعدة لها كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً .

اخرج الكليني في الكافي[٣] : اذا قالت المرأة لزوجها جملة لا أطيع لك امراً .. حل له ان يأخذ منها وليس له عليها رجعة .

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٥٠ .

(٢) الروضة الندية ٢/٦١ ذكر الشوكاني في الدرر البهية ان الخلع فسخ وقد علق على ذلك صاحب الروضة الندية بقوله : قال : وهو فسخ وليس بطلاق . ولكن قال الماتن رحمه الله في حاشيته الشفاء بخلاف ما قال هنا ورجح ان الخلع طلاق وليس بفسخ وهذا هو الحق .

(٣) الكافي ٢/١٢٣ وسنده عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام واخرجه الصدوق في الفقة ص ٣٤٣ .

وجاء في التهذيب[١] الخلع تطليقه بائنة وليس فيها رجعة .

وقال في المختصر النافع[٢] لا رجعة للخالع . نعم لو رجعت في البذل رجع ان شاء ، ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لا رجوع بعدها . هذا اذا لم يكن الزوج قد تزوج رابعة فانه يحرم عليه مراجعتها .

وقالوا[٣] : ولو علم برجوعها بالبذل ولم يرجع بالطلاق يتحول الطلاق من البائن الى الرجعي .

وفي اللمعة الدمشقية[٤] : اذا تم الخلع فلا رجعة للزوج وللزوجة الرجوع في البذل ما دامت في العدة .

وقال صاحب الروضة البهية[٥] :هذا اذا كانت ذات عدة اما من لا عدة لها كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً .

وقال : وجواز رجوعه مشروط بتقدم رجوعها .

اما من نقل الأحاديث في التهذيب على أن الخلع خلعة بائنة فيبدو انه رجع عن قوله أو ان في المسألة قولان :

فقال في مختلف الشيعة[٦] وهو يستعرض الآراء المختلفة في المذهب وبقية المذاهب :

المشهور أن للمرأة الرجوع في البذل مادامت في العدة فاذا رجعت كان للزوج الرجوع في النكاح .

---

(١) التهذيب ٢/٢٧٧ ومروى عن ابي عبد الله عليه السلام وسنده عن زراره ومحمد بن مسلم .

(٢) المختصر النافع ٢٢٧ ص .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ١٨٤ .

(٤) اللمعة الدمشقية ٢/١٦٧ .

(٥) الروضة البهية ٢/١٦٧ .

(٦) مختلف الشيعة.

ويقول : فان اراد مراجعتها قبل انقضاء العدة اذا لم ترجع هي فيما بذلته او بعد انقضائها كان ذلك بعقد مستأنف ومهر جديد .

وقال صاحب جواهر الكلام[1] : اذا صح الخلع لم يكن له الرجعة بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع عليه .. وان شاءت ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امرأته فعلت .

وقال في السرائر[2] : ولا رجعة للزوج على المرأة في العدة الا أن ترجع فيما بذلته وافتدت به قبل خروجها من العدة فله حينئذ الرجوع في بعضها .

• • •

هذا جملة ماحررته في هذا الموضوع في مذهب الشيعة الامامية وبه تبين لنا ان الخلع عند الامامية طلاق بائن ولكن للزوجة لا للزوج حق الرجوع فيما بذلته فيصبح الخلع رجعياً فان شاء الزوج راجعها فهي زوجته مادامت في العدة .

ويبدو لي ان في الأخذ بهذا المذهب تدارك لما اخذناه على مذهب الظاهرية من انه يعطي بيد ويسلب بيد اخرى طالما ان المراجعة بيد الزوج .

ومما قلته هناك ان الزوجة هي التي دفعت العوض للتخلص من زوجها فمراجعة الزوج لها تفويت لغرضها المشروع في الخلع . وقلت ايضاً ان الرجعة شرعها الله في الطلاق للزوج ليجرب نفسه فقد يندم فيراجع وهو الذي اقدم الطلاق .

وهنا يتحقق كل ما ذكرناه هناك فالمراجعة بيد الزوجة فيها كل الأمور التي شرعت في الطلاق للمراجعة . وفيها عدم تفويت فرص الزوجة لانه تم برضاها لا بارادة الزوج . وفيه ايضاً معنى جميل جداً وهو مساواة المرأة مع الرجل فالرجل يطلق ويراجع والزوجة تخالع وتراجع مع فارق بسيط[3] وما دام الأمر اجتهادياً فهذا الذي نميل اليه .

---

(١) جواهر الكلام من انفس الكتب المخطوطة لدى الجعفرية وفيه جمع لأقوال المتأخرين والمتقدمين وهو ايضاً ما اعتمدت عليه في بحثي هذا س ٥/٣٦٢.

(٢) السرائر ٣٤٩ .

(٣) في المذهب الحنفي ان الزوجة اذا لامست زوجها او قبلته بشهوة وهي في عدة رجعية تعتبر مراجعة على مذهب الصاحبين .

الخلع فسخ وليس بطلاق

هو مذهب ابن عباس وبه قال طاوس وعكرمة واسحاق وابي ثور. وهو مذهب الحنابلة واحد قولي الشافعي .

الحنابلة :

ينقل بعض المؤلفين على أن في المذهب الحنبلي روايتان في ان الخلع فسخ ام طلاق دون توجيح بين الروايتين وسبب ذلك ان بعض الكتب لم تشر الى اي الروايتين اصح وهي المذهب ولهذا فاني اسوق بعض النقول التي تبين ان الصحيح هو أن الخلع فسخ لدى الحنابلة[١]

جاء في الانصاف[٢] الصحيح من المذهب : ان الخلع فسخ .

قال في الخلاصة فهو فسخ على الأصح .

وقال في المحرر : وهو الأصح[٣].

اما صاحب المغنى[٤] فقد ذكر الروايتين عن احمد دون ان يرجح بينهما وان كان قدم رواية الفسخ ولكن المذهب الرواية التي ذكرناها وهي ان الخلع فسخ .

وقد ذكر ابن قدامة أقوال من ذهب الى ان الخلع طلاق فقال : لكن ضعف احمد الحديث عنهم وقال : ليس في الباب شيء اصح من حديث ابن عباس انه فسخ .

---

(١) راجع مذكرات الاستاذ الزفزاف في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٧ .

(٢) الانصاف ٣٩٢/٨ .

(٣) المحرر ٤٥/٢.

(٤) المغني١٨٥/٨ .

وقال[1] ابن تيميه : الخلع فسخ وهذا ثابت عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة بالحديث .

وقال ابن القيم[2] : اما الخلع فالتحقيق انه فسخ لا طلاق .

الشافعية :

احد اقوال الشافعي ان الخلع فسخ وان كان الصحيح عندهم هو انه طلاق.
والقول بانه فسخ منسوب الى الشافعي في القديم[3] .
وذهب الى ان الخلع فسخ . الشوكاني في الدرر البهية[4] كما ذكرنا .

. . .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣١/٣ .
(٢) الدرر البهية ٦١/٢ .
(٣) مغنى المحتاج ٢٦٧/٣ .
(٤) الدرر البهية ٦١/٩ .

ادلة من قال ان الخلع فسخ

١ - قوله تعالى[١] : «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ، ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا ان يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » . الى ان قال : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .

فذكر الطلاق ثم الخلع ثم الطلاق اي ذكر الخلع بين تطليقتين وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان في الآية اربع تطليقات . فقوله تعالى : الطلاق مرتان يفيد طلقتين ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما ثم قال فان طلقها . فلو كان الخلع طلاقا لكانت الآية مشتملة على اربع تطليقات وهذا قطعا غير صحيح اذن لم يكن بد من ان نعتبر الخلع فسخا وليس بطلاق .

٢ - ماروى عن ابن عباس انه قال : الخلع تفريق وليس بطلاق[٢] .

وما رواه ابن جريج عن ابن طاوس قال : كان أبي لايرى الفداء طلاقاً ويجيزه بينهما .

وما روى عن عمرو بن دينار انه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول : ما اجازه المرء فليس بطلاق[٣]

٣ - ان النبي عليه السلام امر امرأة ثابت بن قيس ان تعتد بحيضه ولو كان طلاقاً ما أمرها بذلك .

٤ - ان الخلع بين الزوجين يتم بايجاب وقبول بين الزوجين على انهاء عقد

---

(١) سورة البقرة اية ٢٢٩ .

(٢) راجع تفسير القرطبي ٣/١٤٣

(٣) المحلى ٢٣٧/١٠ .

الزواج فيما بينهم فهو كالاقالة في البيع بين المتعاقدين. فهو فسخ اذن لا طلاق.

ما يراه استاذنا الخفيف :

يذكر استاذنا الجليل الشيخ على الخفيف من حجج من قال ان الخلع فسخ وليس بطلاق[1] : اختلاف اثر كل من الطلاق والخلع : ذلك ان الله سبحانه وتعالى قد رتب على الطلاق بعد الدخول اذا لم يكن ثلاثاً : **ثلاثة احكام كلها منتفية عن الخلع :**

احدها : ان الزوج احق فيه بالرجعة مادامت الزوجة في العدة .

الثاني : انه محسوب من الثلاث .

الثالث : استتباعه للعدة التي ذكرها الله في كتابه .

وقد ثبت بالنص والاجماع . انه لا رجعة في الخلع . وثبت بالسنة واقوال الصحابة : ان لا عدة فيه ، وانما تستبرىء المختلعة بحيضة واحدة ، وثبت في النص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعد حدوثه ، وهذا كله يدل على انه ليس بطلاق .

هذا النص اتى به ابن القيم[2] ليدعم مذهب الحنابلة بان الخلع فسخ وقد وجدته ايضا في مذكرات استاذنا الجليل الشيخ محمد الزفزاف[3] .

ملاحظاتنا على ما جاء به ابن القيم وما نقله استاذنا الشيخ علي الخفيف واستاذنا الشيخ محمد الزفزاف :

من القواعد العامة في المناقشات لدعم اية فكرة كانت هو ايراد ادلة مسلم بها من الطرفين حتى يقنع الطرف الآخر بها. فلا يجوز ان نأتي بحجة لا يسلم بها الخصم ثم نستشهد بها على صحة اقوالنا .

---

(١) فرق الزواج ص ١٨٦ .

(٢) زاد المعاد ٤/٣٦ .

(٣) مذكرات في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٩ .

وقد جاء ابن القيم بثلاثة احكام كلها تختلف عما ذهب اليه الطرف الآخر وذلك ليبرهن على ان الخلع فسخ .

يقول : ان الزوج يملك الرجعة في الطلاق ولا يملكها في الخلع فدل على ان الخلع فسخ وليس بطلاق ، ويدعم رأيه هذا بأنه قد ثبت بالنص والاجماع انه لا رجعة في الخلع .

فنقول له : ان ابن حزم قال ان للزوج حق المراجعة في الخلع فلم يثبت الاجماع وخاصة ان ابن القيم متأخر عن ابن حزم فالخلاف في هذا الذي قال عنه اجماع قائم قبل عصره .

٢ ـ وقوله ان الطلاق محسوب من الثلاث والخلع غير محسوب فدل على انه فسخ ، هذا تسليم بالنتيجة قبل المناقشة فلو كان محسوبا من الثلاث لما كان هناك مجال للخلاف .

ولو صح ما قاله ابن القيم ان هذا ثابت بالسنة وأقوال الصحابة لم ينازعه في ذلك منازع .

٣ ـ وقوله ان عدة المختلعة حيضه فهذا قول من قال انه فسخ ولا يصلح دليلا ولا برهانا على انه فسخ لا طلاق . لأن الطرف الآخر غير مسلم به ولو كان مسلما به فلا مجال للاختلاف .

بل ان الامام احمد وهو القائل بأن الخلع فسخ قال ان عدة المختلعة ثلاث حيض كما نقل عنه ابن حجر وغيره[1] .

---

(١) الفتح الباري ٩/٣٣١ .

مناقشة من قال ان الخلع فسخ ومن قال انه طلاق

ان الادلة التي استدل بها الطرفان هي القرآن والسنة وآراء الصحابة .

اما القرآن :

فقد قال من ذهب الى ان الخلع فسخ أن آية: الطلاق مرتان ... دلت على أن الخلع فسخ وليس بطلاق لأنه لو كان طلاقا لدلت الآية على أربع طلقات وهذا غير معقول .

وقال الآخرون ان قوله تعالى « الطلاق مرتان » افاد حكم الاثنتين اذا اوقعهما على غير وجه الخلع أي اذا طلق الرجل مرتين جاز له ان يراجع اثر كل تطليقة . ثم ذكر القرآن حكم الطلقتين ايضاً على وجه الخلع وأبان عن اباحة أخذ المال من الزوجة ، ثم عطف على ذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فعاد الى الاثنتين معا المتقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة ، وعلى غير وجه الخلع تارة .[1] .

فقوله تعالى : « الطلاق مرتان » افاد حكم الطلاق بدون عوض ، ثم افاد حكم الطلاق بعوض ، وأخيراً قال : «فان طلقها ... » فهذه الطلقة الثالثة اما بعد الطلقتين او بعد الخلعين .

واما السنة :

فقد احتج كل فريق بروايات مختلفة فبعضها يدل على أن الخلع فسخ وبعضها يدل على أنه طلاق . والذي أراه ان اكثر الروايات التي جاءت عن رسول الله ﷺ ليس فيها صراحة لفظ الطلاق الا ما ندر منها واكثرها بالفاظ : فارقها . خل سبيلها . ففرق بينهما .

---

(١) فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعة .

وأما قولهم بأن عدة المختلعة حيضة واحدة فالخلع اذن فسخ. فلا دلالة فيه ايضا لأن الشارع الذي جعل عدة المطلقة ثلاث حيض بنص القرآن يجوز ان يجعل عدة المختلعة حيضة واحدة بالسنة الكريمة وتكون السنة خصصت عموم آية: «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء».

قال صاحب الروضة (١): «ولاملازمة بين الاعتداد بحيضة وبين الفسخ بل اذا ورد في بعض المطلقات ما يدل على مخالفة عدتهن لعدة سائر المطلقات المصرح بها في القرآن كان ذلك مخصصاً لعموم العدة».

ويبدو لي ان صحت الروايات على ان عدة المختلعة حيضة، والروايات صحيحة - فانها حكمة المشرع البالغة التي فرقت بين من يطلقها زوجها فأعطته فرصة لمراجعة نفسه، مدة ثلاثة قروء لعله يندم فيراجع زوجته فجعلت عدة المختلعة حيضة واحدة لبراءة رحمها حيث لا فائدة من اطالة العدة ولأنه لا رجعة للزوج.

وأما فتاوى الصحابة :

فقد افتى الصحابة كل حسب اجتهاده ولا حجة في فتوى احدهما على الآخر حتى ترجح فتواه، وكذلك اختلف التابعون فيما بعد.

الاقالة :

واما قولهم ان الخلع كالاقالة فهو فسخ اذن لاطلاق. فلو كان هذا صحيحاً لما جاز الخلع الا بالمهر الذي تزوجها عليه مع ان الخلع يجوز على اقل منه وعلى اكثر ويجوز بدون مال فدل على انه طلاق لا فسخ (٢).

---

(١) الروضة الندية ٢/١٦.

(٢) احكام القرآن للجصاص ١/٤٦٨.

هل ينقلب الخلع الى طلاق اذا تغيرت صيغته .

قلنا ان الصحيح عند الحنابلة ومذهب ابن عباس وابي ثور على ان الخلع فسخ ولكن اذا نوى الطلاق او كان الخلع بلفظ الطلاق فهل يبقى الخلع فسخا ام يصبح طلاقاً ؟...

قال أبو ثور (١) : ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق . واذا لم يسم الطلاق فالخلع فرقة وليس بطلاق .

وذكر ابن حجر (٢):ان الخلاف اذا لم يقع الخلع بلفظ الطلاق ولا بنيته .

وقال في مغني المحتاج (٣) : وخرج بلفظ الخلع الفرقة بلفظ الطلاق اذا كان بعوض فانه يكون طلاقا قطعا ، وكذا ان قصد بلفظ الخلع الطلاق ، واقترن بلفظ الخلع طلاق كخالعتك على طلقة بألف .

وفي الروض النضير (٤): ان كان بلفظ الطلاق فهو طلاق وان كان بلفظ المفاداة فهو فسخ .

وقال ابن قدامة في المغني :

هذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق أو لم ينوه ، فأما ان بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى بـه الطلاق فهو طلاق ايضاً لأنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض ،فان لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان (٥) .

---

(١) تفسير القرطبي ١٤٣/٣ .

(٢) فتح الباري ٣٣١/٩ .

(٣) مغنى المحتاج ٢٦٧/٣ .

(٤) الروض النضير ١٦٧/٤ .

(٥) المغني ١٨٠/٨.

أي انه لا خلاف في ان الخلع يكون طلاقا في حالتين :

١ ـ اذا نوى به الطلاق . ٢ ـ اذا كان بلفظ الطلاق .

وما عدا ذلك اي الخلع بغير لفظ الطلاق او بدون نية الطلاق ففيه الخلاف بين الفسخ والطلاق .

ملاحظاتنا على ما جاء في هذا النص :

ليس الامر لا اختلاف فيه كما ذكر ابن قدامة وان كان هو الصحيح من المذهب ولكن هناك من الحنابلة من لم يفرق في اللفظ ولا في النية بل كل خلع تم بين الزوجين بأي لفظ كان فهو فسخ لا طلاق . وسندهم عدا عن القواعد العامة التي تقول ان العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ان هناك رواية عن احمد بن حنبل تقول بعدم التفرقة [١] .

قال ابن تيمية في فتاويه [٢] : ثم تنازع اصحاب القول بالفسخ : هل يشترط ان يكون الخلع بغير لفظ الطلاق او لا يكون الا بلفظ الخلع والمفاداة . ويشترط مع ذلك ان لا ينوي الطلاق .

ولا فرق بين ان ينويه او لا ينويه وهو خلع (اعل الصواب فسخ) بأي لفظ ، قع بلفظ الطلاق او غيره على أوجه في مذهب احمد وغيره ، أصحها الذي دل عليه كلام ابن عباس واصحابه واحمد بن حنبل وهو الوجه الأخير وهو : ان الخلع هو الفرقة بعوض ، فمتى فارقها بعوض فهي مفتدية لنفسها به ، وهو خالع لها بأي لفظ كان ولم ينقل احد قط لا عن ابن عباس واصحابه ولا عن احمد بن حنبل انهم فرقوا بين الخلع بلفظ الطلاق وبين غيره ، بل كلامهم لفظه

---

(١) يقول الاستاذ الخفيف في فرق الزواج ص ١٨٠ اتفق جميع الفقهاء ـ عدا أبا ثور ـ على ان الفرقة اذا حدثت بلفظ من الألفاظ المشتقة من مادة الطلاق أو بلفظ آخر يدل على الفرقة ولا يفيد معنى الخلع وكانت نظير عوض فان الواقع بها يكون طلاقاً بائناً .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٢.

ومعناه يتناول الجميع [1].

ويقول: لكن تنازع اهل هذا القول هل يختلف الحكم باختلاف الالفاظ والصحيح: ان المعنى اذا كان واحدا فالاعتبار بأي لفظ وقع ذلك لان الاعتبار بمقاصد العقود وحقائقها لا باللفظ وحده فما كان خلعا فهو خلع بأي لفظ كان، وما كان طلاقاً فهو طلاق بأي لفظ كان، وما كان يمينا فهو يمين بأي لفظ كان، وما كان ايلاء فهو ايلاء بأي لفظ كان وما كان ظهارا فهو ظهار بأي لفظ كان.

مناقشة ابن تيمية فيما ذهب اليه:

هذا ما جاء في فتاوى ابن تيمية، وفيه نرى أن ابن تيمية ينكر من يقول ان الامام احمد فرق بين الحالين في الخلع بصورة جازمة لانه لم ينقل قط عن احمد هذه التفرقة.

ولكني بالرجوع الى كتاب الانصاف - وهو مؤلف متأخر عن عصر ابن قدامة وابن تيمية - وجدت ان الأمر لا كما ذهب اليه ابن قدامة بقوله: لاخلاف في ان الخلع بلفظ الطلاق، طلاق. ولا كما قال ابن تيمية: أنه لاخلاف في أن الخلع بأي لفظ كان فهو فسخ.

قال في الانصاف [2]:

من شرط وقوع الخلع فسخاً: أن لاينوي به الطلاق.

---

(١) قال ابن تيمية: والشافعي لما ذكر القولين في الخلع هل هو طلاق ام لا قال: واحسب الذين قالوا هو فسخ (في النسخة المطبوعة طلاق وهو خطأ فلتصحح) هو فيما اذا كان بغير لفظ الطلاق. ولهذا ذكر محمد بن نصر والطحاوي انهذا لانزاع فيه. والشافعي لم يحك عن احد هذا بل ظن انهم يفرقون. وهذا بناه الشافعي على ان العقود وان كان معناها واحداً فان حكمها يختلف باختلاف الالفاظ وفي مذهبه نزاع في الاصل. واما احمد بن حنبل فان اصوله ونصوصه وقول اصحابه: ان الاعتبار في العقود بمعانيها لا بالالفاظ وفي مذهبه قول آخر انه تختلف الاحكام باختلاف الالفاظ.

(٢) الانصاف ٨/٣٩٣.

فان نوى به الطلاق وقع طلاقاً على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه (عن الامام احمد) هو فسخ ولو نوى به الطلاق . اختاره الشيخ تقي الدين (ابن تيمية) . فان اوقعه بصريح الطلاق : كان طلاقاً . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : هوفسخ ، ولو اتى بصريح الطلاق أيضاً اذا كان بعوض . واختاره الشيخ تقي الدين .

وقال في الفروع [1] : وهو بصريح طلاق أو بنيته طلاق بائن . وعنه مطلقاً . وقيل عكسه . قال شيخنا (ابن تيميه) وعليه دل كلام أحمد وقدماء أصحابه .

ومراده بذلك ماقال عبد الله : رأيت أبي كان يذهب الى قول ابن عباس . وابن عباس قد صح أنه قال « ماأجازه المال فليس بطلاق » وصح عنه «أن الخلع تفريق وليس بطلاق» . وعنه :أنه بصريح الخلع فسخ لاينقص عدد أو عكس بنية الطلاق .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه ابن تيمية وهو أن الخلع بأي لفظ وقع يجب ألا يصرفه عن حقيقته فان كان الخلع طلاقاً فيجب ألا يتغير بتغير الألفاظ ، واذا كان فسخاً فيجب ايضاً ان يكون كذلك . وبما اننا نميل الى ان الخلع فسخ فاننا نقول لاعبرة بالألفاظ فالخلع فسخ بأي شكل كان .

والخلاصة فان الخلع هل هو فسخ أم طلاق هو موضوع اجتهاد ليس من السهل ترجيح أدلة احد الطرفين على الآخر لقوة جميع الأدلة غير أننا نرجح الرأي القائل بأن الخلع فسخ للأسباب التالية والتي سنبحثها في بيان رأينا في آثار الخلع :

---

(١) الفروع ٣/١٥٨ .

رأينا في آثار الخلع

١ – إن الطلاق حق ينفرد بـه الرجل لأن الله أعطاه للزوج لعموم آيات القرآن الكريم . ولقوله عليه السلام « انما الطلاق لمن اخذ بالساق » .

بينما نجد الخلع عبارة عن عقد فيه ايجاب وقبول، ويشترط فيه التراضي بين الزوجين على بدل معلوم . اما الطلاق فهو من الاسقاطات التي تقع بارادة منفردة فخالف الخلع الطلاق بهذا الأمر .

ثم قد يكون الخلع بيد الحكمين نتيجة قرارهما فيحكم القاضي بالفرقة بناء على أنه لم يعد هناك من أمل لعودة الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة . وهذه حالة اخرى تخالف الطلاق الذي لاشريك للرجل فيه .

٢ – ثم ان الأصل في الطلاق ان يكون رجعياً ، بل كل الطلاق رجعي الا ما كان قبل الدخول وما كان مكملاً للثلاث – وهذا مذهب الظاهرية – وهم على حق بذلك وأقرب الآراء الى القرآن الكريم بل هـذا هو الطلاق الذي ذكره القرآن .

وفي اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً تنافياً مع الغرض المقصود منه اذ تخالع الزوجـة اليوم او يصدر الحكمان قرارهما او القاضي حكمه بالتفريق اليوم فيأتي الزوج باليوم التالي فيراجع زوجته ، وهذا ممـا يتنافى مع حكمة مشروعية الخلع .

٣ – اذا اعتبرنا الخلع فسخاً كان في هـذا حسماً للخلاف حول تكييف الخلع الفقهي اذ يعتبر حينئذ معاوضة محضة من الجانبين وفي هذا تسهيل كبير في احكام الخلع الذي اعتبرها الفقهاء يميناً من طرف ومعاوضة من طرف آخر .

٤ ـ ان في اعتبار الخلع فسخاً توسعة لعدد الطلقات التي يملكها الرجل فقد يعود الزوجان الى حياتها المشتركة بعقد جديد ومهر جديد ، وقد تكون هذه الفرقة قد سبقها طلاقان فاذا كان الخلع طلاقاً كان تلك الفرقة الطلقة الثالثة اما لو كان فسخاً لجاز رجوع الزوجين الى بعضها . وهذا اقرب الى المصلحة، وما كان اقرب الى المصلحة كان اقرب لروح الشرع وحكمته[١] .

٥ ـ إن في اعتبار الخلع فسخا قضاء على تعدد الطلقات في العدة على رأي المذاهب التي تبيح ايقاع الطلاق في العدة . اما في الفسخ فلايجوز ذلك . وهذا ارفق بالزوجة وابعد ضرراً عنها .

٦ ـ واخيراً نرجح ان يكون الخلع فسخا لنمنع أي شخص من ان يتدخل بين زوجين فيفرق بينهما عن طريق المخالعة اذا دفع للزوج مبلغا من المال ليطلق زوجته كما اجازت ذلك اكثر المذاهب التي اعتبرت الخلع طلاقا وهي الاحناف والشافعية وبعض الزيدية ، لأن بعضهم منع خلع الأجنبي . اما في اعتباره فسخا فلايجوز الفسخ من أجنبي .

الآثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً او طلاقاً :

الفرق بين الفسخ والطلاق :

١ ـ اذا اعتبرنا الخلع طلاقا حسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج اما ان كان فسخا فلا يحسب . فمن طلق مرتين وخالع فان كان الخلع طلاقا لم يعد يملك الرجوع الى زوجته حتى تنكح زوجا غيره . اما لو كان الخلع فسخا فيمكن ان يعود الى زوجته بعقد جديد .

---

(١) سألني طالب في كلية الحقوق بجامعة القاهرة احاله الى استاذي الدكتور مدكور عن رجل طلق امرأته مرتين في وقتين مختلفين بينهما مراجعة ثم خالعها فهل يجوز ان يعود اليها بدون ان تتزوج بآخر ؟.. فأجبته ان الخلع فسخ لايحسب من الطلقات ولتعد اليه زوجته بعقد جديد ولينقذها من المحلل والتحليل .

٢ ـ اذا كان الخلع طلاقا كان الزوج ان يعدد اكثر من طلقة فيقع ماعدده على رأي من يجيز تعدد الطلقات اما لو كان الخلع فسخا فهو طلقة واحدة ولو نوى اكثر من واحدة (١) .

٣ ـ من قال ان الخلع طلاق فعدته عدة الطلاق ومن قال انه فسخ قال ان عدة المختلعة حيضة واحدة. الا ماروى عن احمد ان عدة المختلعة عدة المطلقة مع ان الصحيح في مذهبه أن الخلع فسخ .

هذا هو أثر المخالعة بين الزوجين حيث تم الفرقة بينهما طلاقاً او فسخاً على الخلاف الذي ذكرناه (٢) .

---

(١) جاء في البحر الرائق ٤/٨٠ لو قال لها قد خلعتك على ألف ثلاث مرات فقبلت وقع طلاقاً ثلاثا .

وجاء في شرح الدردير ٢/٤٢٠ انه لو قالت له طلقني واحدة بالف فطلقها ثلاث فالزمها الالف لحصول غرضها وزيادة . الا ان الدسوقي نقل عن ابن عرفة ٢/٤٢١ : الذي استظهره ابن عرفة رجوعها عليه بما اعطته .

(٢) الاثر الثاني : اسقاط الحقوق الزوجية: اذا تم الخلع بين الزوجين واستحق الزوج العوض المتفق عليه في العقد . قال ابو حنيفة : يسقط بالخلع كل حق لأحد الزوجين على الآخر ترتب بسبب عقد الزواج من صداق مؤجل أو نفقة ماضية لان الخلع انما شرع لقطع كل علاقة مالية أو غير مالية بين الزوجين .

أما ابو يوسف فقال اذا كان الخلع بلفظ المباراة فالحكم كذلك لان المباراة تفيد المخالعة بين الزوجين اما اذا تم بلفظ الخلع فلا يسقط شيء من الحقوق الزوجية.

= ويقول ابو حنيفة ان الطلاق على مال بلفظ الخلع لاتسقط به حقوق الزوجية بل يستحق ماسمياه فقط . المبسوط ٦/١٧٢ فتح القدير ٣/٢٠٠ . =

ويرى محمد وبقية فقهاء المذاهب ان الحقوق الزوجية ثابتة ولايزيلها الخلع لانه عقد تم بايجاب وقبول على مبلغ معين فلا يتعدى رضا الطرفين ما اتفقا عليه فالزوج يستحق بدل الخلع فقط. ولكل منهما على الآخر حقوقه كاملة لأنه لم ينص عليها في عقد الخلع .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في مصر على مذهب محمد والجمهور حيث اعتبر النفقة دينا ثابتا في ذمة الزوج لايسقط الا بالاداء او الابراء .

المبحث الرابع

اذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها

فهل يجب عليه ان يلبي طلبها فيطلقها ؟...

قال جمهور الفقهاء لايجب على الزوج ان يجيب زوجته الى ماتطلبه من مخالعة غير انه يندب اليه ذلك .

وقال بعضهم يجب عليه ان يلبي طلب زوجته فيطلقها .

قال عمر بن الخطاب[1] كما جاء في سنن البيهقي[2] :

اذا اراد النساء الخلع فلا تكفروهن .

وقال عطاء بن ابي رباح[3] : يحل الخلع والاخذ ان تقول المرأة لزوجها اني اكرهك ولا احبك :

وقال الطبري[4]. غير اني اختار للرجل استحبابا لاتحتما اذا تبين من امرأته ان افتداءها منه لغير معصية لله بل خوفا منها على دينها أن يفارقها بغير فدية ولا جعل .

---

(١) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي . ثاني الخلفاء الراشدين واول من لقب بأمير المؤمنين . كان في الجاهلية من ابطال قريش وأشرافهم . اسلم قبل الهجرة بخمس سنين بويع بالخلافة يوم وفاة ابي بكر (سنة ١١ ﻫ) وفي ايامه تم فتح الشام والعراق وافتتحت القدس والمدائن ومصر والجزيرة وهو اول من دون الدواوين في الاسلام. واستشهد على يد ابولؤلؤة فيروز الفارسي غيلة فعاش بعد الطعنة ثلاث ليال .

الاعلام للزركلي ٢/١٤/٧ط١٩٢٧. اشهر مشاهير الاسلام ٢/١٨٥.

(٢) سنن البيهقي ٧/٣١٣

(٣) تفسير القرطبي ٣/١٣٨

(٤) تفسير الطبري ٤/٥٨٠ .

ونقل الطبري عن بعض المفسرين لقوله تعالى[1] إلا ان يخافا الا يقيما حدود الله ...

قال : الخوف ان تقول له انها له كارهة .

جاء في كشاف القناع[2] :

اذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكبره أو ضعفه او نحو ذلك وخافت اثما بترك حقه . فيباح لها ان تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى : «فان خفتم ان لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

ويسن له اجابتها ... الا أن يكون الزوج له اليها ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها .

قال احمد : ينبغي ان لاتختلع منه وان تصبر .

قال القاضي قول احمد ينبغي لها ان تصبر على سبيل الاستحباب والاختيار ولم يرد بهذا الكراهة لأنه قد نص على جوازه في غير موضع[3] .

وقال في المغنى[4] : ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تحرج المرأة الى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

وجاء في الانصاف[5] : واذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لاتقيم حدود الله في حقه فلا بأس ان تفتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك والحالة هذه ـ على الصحيح من المذهب ـ وعليه اكثر الاصحاب . وجزم الحلواني

---

(١) المصدر السابق ٥٥٧/٤ .

(٢) كشاف القناع ١٦٧/٥ .

(٣) اطلت في نقل هذا النص لأؤيد ماسبق ان استظهرته أن الخلع يختلف حكمه ان كان بناء على طلب الزوجة ام الزوج من حيث الكراهية او الاستحباب .

(٤) المغني ٢٣٥/٨ .

(٥) الانصاف ٣٨٢/٨ .

بالاستحباب واما الزوج فالصحيح من المذهب : انه يستحب له الاجابة اليه . وعليه الاصحاب .

واختلف كلام الشيخ تقي الدين في وجوب الاجابة اليه والزم به بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء .

وجاء في فتاوى ابن تيميه : والمرأة اذا بغضت الرجل كان لها ان تفتدي نفسها منه[1] .

وقال بعض الائمة في المذهب الجعفري : اذا طلبت الزوجة من زوجها ان يخالعها فيجب عليه تلبية طلبها وجوباً اذا تحقق موضوع الخلع وشرعيته .

جاء في السرائر[2] :

وقال شيخنا ابو جعفر في نهايته : وانما يجب الخلع اذا قالت المرأة لزوجها اني لا اطيع لك امراً ولا اغتسل لك من جنابة ولأوطئن فراشك من تكرهه ان لم تطلقني ، فمتى سمع منها هذا القول او علم منها عصيانه في شيء من ذلك وان لم تنطق به وجب عليه خلعها .

وقال محمد ابن ادريس تلميذ أبي جعفر : قوله وجب عليه خلعها على طريق تأكيد الاستحباب دون الفرض والايجاب لأن الشيء اذا كان عندهم شديد الاستحباب اتوا به بلفظ الوجوب[3] .

وقال صاحب جواهر الكلام انه يوجد رواية في المذهب الجعفري تقول بالوجوب ذكرها صاحب شرائع الاسلام ولكنه لم يعثر عليها .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣١ .

(٢) السرائر ص ٣٥٠ .

(٣) اثبت برأي محمد بن ادريس للامانة العلمية التي التزمتها في بحثي وقد كان من السهل علي والكتاب من نوادر المخطوطات ان لا أشير الى رأي يخالف رأياً ارجحه ولكن شرع الله فوق الآراء .

وقال :[1] حكى مهد الشيخ وأبو الصباح وابن البراج وابن زهرة وجوب الخلع عند تحقق موضوعه .

وقد علل العلامة الحلي ما ذهب اليه الشيخ أبو جعفر فقال في كتاب مختلف الشيعة بعد ان ذكر آراء من قال بالوجوب : « واحتج بان النهي عن المنكر واجب وانما يتم بهذا الخلع فيجب[2] » .

ما نراه في هذا الموضوع :

من هذه النصوص التي نقلناها عن مختلف الفقهاء نرى ان اجابة الزوج طلب زوجته بالمخالعة امر مختلف في وجوبه فبعض الفقهاء قال : يندب الى ذلك وبعضهم قال بالوجوب . ومنهم من اشار الى ذلك اشارة خفيفة .

وعلى كل حال فان اجابة الزوج زوجته بالمخالعة امر مأمور به . ولكن صفة هذا الامر مختلف فيها بين الندب والوجوب .

والذي اراه في هذا الموضوع وانا انظر الى المبادىء العامة وروح التشريع الاسلامي في نظام الزواج القائم على حرية الاختيار المطلق ، وعلى ما منحه المشرع للزوجة من طلب التفريق للشقاق والضرر ومع ما يجوز لها ان تطلق نفسها اذا ما شرطت ذلك حين العقد او فوض الزوج اليها هذا الامر بعد ذلك .

اقول وأنا انظر الى موضوع الزواج على انه عش سعيد يضم زوجاً وزوجة ضمن لهما الاسلام كل وسائل الاستقرار والسعادة والهناء .

فاذا ما فشل ذلك فاستحال العيش الكريم في هذا البيت جحيما لا يطاق ،

---

(١) جواهر الكلام ص ٥/٣٥٠ وعلق صاحب الجواهر على رأي ابي جعفر بأنه ضعيف لمنافاته اصول المذهب .

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٣ « كتاب مختلف الشيعة في احكام الشريعة للامام حسن بن يوسف بن مظهر المشتهر بالعلامة الحلي .

فاني لا اجد الا القول بان الزوجة اذا طلبت المخالعة من زوجها واصرت على ذلك - رغم محاولات الاصلاح والتوفيق - فيجب على الزوج اجابة طلبها كما في حادثة ثابت بن قيس .

ما يرد من اعتراضات على ان الخلع واجب اذا ما طلبته الزوجة :

واني افترض عدة اعتراضات على هذا الرأي وأجيب عليها لعل فيها القاء ضوء على هذا الموضوع .

١ - ان امر النبي عليه السلام في خلع امرأة ثابت بن قيس كان امر ندب واستحباب لا امر وجوب .

٢ - ان عمل النبي كان بصفته ولي امر المسلمين لا بصفته مشرعاً ومعنى ذلك انه ليس له صفة الدوام .

٣ - قد يكون سبب طلاق ثابت هو خوفه من رسول الله واطاعة لامره خشية مخالفته .

١- أما عن الأمر الاول فقد قال اكثر الاصوليين ان الامر للوجوب . وفي قصة ثابت ان النبي عليه السلام امره ان يطلقها ففعل .

قال ابن حجر[١] : « وهو امر ارشاد واصلاح لا ايجاب » .

وقد تعقبه الشوكاني فقال : « لم يذكر ابن حجر ما يدل على صرف الامر عن حقيقته[٢] » .

بل اني اقول لو كان الامر امر ندب واستحباب هل كان ثابت يطلق زوجته وهو الذي ذكرت الروايات العديدة عنه انه كان يحبها حبا جما ؟.. فكيف بمن يحب زوجته هذا الحب يفارقها وله في الامر خيار . لو عرف ثابت ان امر النبي كان للندب والاستحباب لما طلق زوجته .

وهناك اكثر من هذا ففي رواية الدارقطني باسناد صحيح ورواه الشوكاني

---

(١) الفتح الباري ٣٢٩/٩ .

(٢) نيل الاوطار ٢٤٨/٦.

في نيل الأوطار أن النبي عليه السلام حينما شكت اليه زوجة ثابت ما تعانيه من زوجها فرق بينهما وثابت في بيته ولما بلغه الخبر قال : رضيت بقضاء رسول الله[1].

. . .

٢ـ واما الامر الثاني فهو حكم النبي عليه السلام بالتفريق هل كان هذا بصفته مشرعاً ام بصفته ولي امر المسلمين فان كان الاول فهو تشريع دائم لكل من طلبت زوجته الخلع فعليه ان يطلقها وان كان الثاني فهذا يخضع لتقدير القاضي او الخليفة لما يراه في من يطلب المخالعة هل يفرق ام يصلح بينهما ؟..

ان عمل النبي عليه السلام الاصل فيه انه تشريع فكل ما يقضي به ويقوله ويفعله هو تشريع الا ما قام الدليل على خلاف ذلك . وهنا لا دليل يصرفه عن صفة التشريع .

ودليلنا على انه تشريع اجماع الفقهاء على ان احد مصدري الخلع هو هذه الحادثة التي طلق فيها ثابت زوجته بعد ان امره رسول الله بذلك وما جاء في القرآن لم يكن فيه من التفصيل ما في هذا الحديث فاحكام الكراهية وعدم اخذ اكثر مما اعطاها وغيرها من الاحكام كلها اخذها الفقهاء من هذه الحادثة فعمل النبي عليه السلام كان تشريعاً له صفة الدوام والاستمرار .

٣ ـ واما ان طلاق ثابت كان خوفاً من مخالفة امر النبي عليه السلام او كان طاعة واجابة لرغبته ففي هذا يجب ان نبحث في حياة الصحابة رضوان الله عليهم هل كانوا يناقشون الرسول الكريم فيما يأمرهم به وفيما يفعله فما كان من عند الله نفذوه دون تأخير وان كان امور الدنيا ناقشوه فيه . ام انهم كانوا يخافون اوامره فينفذونها دون اي اعتراض .

اذا صح ان اوامر النبي وأفعاله كانت تنفذ دائماً دون اي اعتراض من

---

(١) نيل الاوطار ٦/٢٤٧ .

أحد لئلا يناله من السخط والعقوبة ما يناله نقول حينئذ ان ثابتاً طلق زوجته لما امره رسول الله تنفيذاً لأمره الذي لامرد له ولا مخالف .

اما اذا صح ان الصحابة كانوا يناقشون النبي الكريم فيما يأمرهم به فما كان تشريعاً من عند الله نفذوه وما كان من امور الدنيا او بما لهم فيه الخيار ابدوا رأيهم صريحاً فيه فاما فعلوه واما تركوه . ورأينا بعد هذا ان ثابتاً طلق دون تردد خلافاً لارادته حيث كان يحب زوجته ، نقول انه طلق وهو يعلم ان امر النبي عليه السلام من امر الله وهو تشريع في هذه الحالة لايجوز له ان يخالفه فيه وليس له خيار فيما امر به .

اذا رجعنا الى تاريخ السيرة النبوية لوجدنا حوادث كثيرة لاتحصى كان الصحابة يناقشون فيها رسول الله فما كان من امور دنياهم ناقشوه فيه وما كان من امور دينهم نفذوه دون مناقشة .

فقصة تأبير النخل حينما مر عليه السلام على قوم يؤبرون النخل فأشار عليهم خلاف ما الفوه وما يجب ان يكون عليه فقالوا له : أمن عند الله؟ .. قال لا ... فقالوا له ماهو الأصلح لهذا العمل فقال لهم عليه السلام : انتم اذن اعلم مني بأمور دنياكم .

وحينما أمر عليه السلام ان ينزل الصحابة في غزوة بدر في مكان بعيد عن الماء قالو له أمنزل أنزلك الله اياه أم هو الحرب والرأي فقال لهم بل هو الرأي فأشاروا عليه بالنزول في مكان قرب بئر بدر فنزلوا فيه .

ووجه الاستدلال في هذه الحوادث واضح صريح ان الصحابة كانوا يفرقون في أوامر النبي عليه السلام ما كان لهم فيه الخيار وما لم يكن لهم فيه الخيار .

وفي موضوع بحثنا هذا رأيت حديثاً في صحيح البخاري نستأنس به على أن الرجل أو المرأة كانت تناقش رسول الله فيما يأمرها به وليس الطلاق من

الأمور اليسيرة والسهلة التي اذا طلب من احد الناس ان يطلق امرأته فعل دون ان يسأل عن السبب ويدافع عن وجهة نظره .

عن عكرمة عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأني انظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : ياعباس الا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثاً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو راجعته . قالت يارسول الله اتأمرني : قال انما أنا اشفع . قالت فلا حاجة لي فيه .

وهذا دليل جديد على ان الناس كلهم كانوا يناقشون ويجادلون فيما لهم فيه الخيار ، فلو كان ثابت بن قيس يعلم ان امر النبي عليه السلام امر ندب واستحباب ، وان له فيه الخيار من امره لم يكن من السهل المستطاع لديه ان يقول له يارسول الله اني احبها ولا اطلقها .

والذي يبدو من حادثة ثابت وحادثة بريرة امر ظهر لي في أثناء مقارنتهما ففي حادثة ثابت قال له عليه السلام : طلقها . وفي حادثة بريرة قال له : لو راجعته . والفرق واضح . فحين كان لبريرة الخيار لم يأمرها بصيغة الأمر بل قال لها لو راجعته . وحين كان لاخيار لثابت فيما امره به قال له طلقها بصفة الأمر .

بل استطيع ان اقول ان ثابت طلق زوجته لأنه يعلم أن النبي عليه السلام يأمره باحكام الخلع وهي واجبه . وبريرة لم تراجع زوجها لأنها تعلم احكام خيار المعتقة وان لها الخيار فيما تفعل .

وحرية الرأي والمناقشة لولي الأمر لاتحتاج الى بيان في تاريخنا التشريعي . ومن قرأ تاريخ عمر بن الخطاب يرى كيف ان ضعاف النساء كنّ يناقشنه بكل جرأة وهو على المنبر .

وفي موضوع الطلاق فاني أشير الى قصة ذي الرقعتين فانها مشهورة في عهد

عمر اذ قالت له زوجته : اذا قال لك عمر : طلق امرأتك . فقل لا والله لا أطلقها . فانه لا يكرهك[1] .

من الناحية الواقعية :

ثم نحن اذا عالجنا الموضوع من ناحية واقعية نجد ان الله شرع الزواج ليحقق هدفاً في هذه الحياة قال الله تعالى : ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة . وقال النبي الكريم : معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فاني مباهي بكم الأمم يوم القيامة .

فالزواج في الاسلام شرع ليحقق المودة والرحمة والتناسل وبهذا يساهم الاسلام في خلق جيل قوي متماسك يزداد مع الايام قوة وعدداً .

وقد وضع الاسلام في تشريعه الخالد قواعد لبناء الأسرة المسلمة فأوجب حقوقاً وواجبات على كل من الزوجين نحو الآخر ، فاذا ما اخل احدهما بواجبه نحو شريكه كان للآخر ان يطالبه بذلك . وللقضاء ان ينصف المظلوم منهما .

---

(١) روى ا و حفص باسناده عن محمد بن سيرين قال : قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً ، فبينما هو كذلك اذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثاً فقال : هل لك ان تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحلك لي ؟ .. قالت نعم ان شئت ، فاخبروه بذلك . قال نعم فتزوجها فدخل بهـا فلما اصبحت دخل اخوته الدار فجاء القرشي يوم حول الدار وقال ياويله غلب على امرأته ، فاتى عمر فقال ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتي.فقال من غلبك ؟ . قال ذو الرقعتين قال ارسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟.. قال ليس بموضعي بأس .قالت ان امير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك فقل لاوالله لااطلقها ، فانه لايكرهك ، فالبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين ، فدخل عليه ، فقال اتطلق امرأتك ؟ قال لا والله لااطلقها قال عمر : لوطلقتها لأوجعت رأسك بالسوط .

ولكن هناك حالات لاتطولها يد القضاء لأنها خارجـة عن الارادة ، هناك حالات يقف المرء امامها مكتوف اليدين لأنه لايملك لها حلاً لقد كان عليه الصلاة والسلام يتناوب المبيت عند زوجاته ويقسط بينهن في الكسوة والنفقة بل كان يضرب المثل الأعلى بالعدالة والمساواة بين زوجاته ومع هذا كله كان دائماً يقول : اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تحاسبني فيما لا أملك .

ان الحياة ليست طعاماً وشراباً وملبساً ومسكناً ، انها وراء ذلك كله ، فهذه فتاة من الأعراب تزوجها معاوية واسكنها قصراً له في دمشق وقدم لها مايقدم الملوك لزوجاتهم ، وكانت تحب ابن عم لها يرعي الابل فرفضت ان تقترب من معاوية امير المؤمنين وبقيت مدة طويلة في قصرها وحيدة تعيش مع من تحب في خيالها حتى دنا منها مرة معاوية فسمعها تنشد وتقول :

لبيت تخفق الأرواح فيه ... احب اليّ من قصر منيف
ولبس عباءة وتقر عيني ... احب اليّ من لبس الشفوف
وخرق من بني عمي نحيف ... احب اليّ من علج عليف[1]

ان الزوجة انسان من لحم ودم تشعر بما يشعر به الرجل ، فاذا وجدت في زوجها مالو وجده فيها لطلقها فماذا تفعل ؟ ..

اذا لم تجد الزوجة في زوجها السعادة التي يحققها الزواج بين النـاس كأن تجد فيه بعض العيوب خلقية كانت او جسمية وتأبى كرامتها ان تثير هذا أمام القضاء فماذا تفعل ؟!!

---

(١) هذه الفتاة هي ميسون بنت بحدل الكلبية ام يزيد. ولما سمع منها معاوية هذا الكلام قال : جعلتني علجاً فطلقها وقال لها : كنت فبنت فاجابته : مامررنا اذ كنا ولا أسفنا اذ بنا . توفيت سنة ٨٠ هـ . الاعلام للزركلي ٢٩٨/٨ ط الثانية . الكامل لابن الاثير ٤/٩ ؛ شرح شواهد المغني ص ٢٢٤ ط. البهية بمصر .

لقد جاءت زوجة ثابت بن قيس الى رسول الله وقالت له كلمتين لا ثالثة لهما قالت له : يارسول الله اني لا أحبه ففهم النبي عليه السلام ماوراء هذه الكلمات. لقد علم ان وراء ذلك حياة تعيسة مظلمة لا يجوز السكوت عنها والا كان ولي الأمر في المسلمين ساكتاً على ظلم أطلع عليه، وحاشا للاسلام أن يرضى أو يسمح بذلك.

نعم قالت له لا أحبه ولم تشكو امراً آخر بل صرحت بأنها لا تعتب عليه في خلق ولا دين ولكنها لا تحبه.

بل اكثر من هذا : إن زوجات النبي عليه السلام حينما جئنه يشكون قلة النفقة وضنك العيش فنزلت الآية الكريمة : يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات أجراً عظيما.

حينئذ خير النبي عليه السلام زوجاته بين البقاء أو الفراق فاخترن البقاء. فقالت السيدة عائشة رضي الله عنها يارسول الله : لا تخبر ازواجك اني اختارك. فقال عليه الصلاة والسلام : **«إنما بعثت معلماً ولم أبعث متعنتاً»** :[1] وهذا لعمري الفقه الحي الذي يدخل القلوب بدون استئذان ...

ألا نفهم من هذه الآية الكريمة وفعل النبي ان شكت من زوجها أمراً وتعذر عليها الصبر فلم تعد تحتمل حياتها الزوجية إلا على ألم لا تطيقه فعلى الزوج أن يخيرها بين أحد الأمرين.

حتى ان الذين قالوا لا دلالة بالاية على التخيير بالطلاق قالوا : اذا اختارت المرأة الدنيا فيجب طلاقها. لأن الله امر نبيه صلى الله عليه وسلم ان يطلق زوجاته اذا اخترن الدنيا[2]

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٣/٤٣٩

(٢) المصدر السابق ٣/٤٤٠

بل ان في التخيير اعطاء حرية مطلقة للزوجة حيث تطلق نفسها دون حاجة للرجوع الى الزوج اكثر من الخلع حيث الطلاق من الرجل .

فماذا بعد ذلك ؟ أهل يقال أن هذه من خصوصيات النبي الكريم ؟ .. لا .. لأن تشريع التفويض والتخيير أخذه الفقهاء من هذه الآية الكريمة ومن فعله عليه السلام في هذه الحادثة .

وبعد فإن الله شرع الطلاق بيد الرجل لا على طريق الحصر بحيث لايجوز لغيره أن يفرق بينه وبين زوجته وشرع للزوجة حق الخلع من زوجها فالطلاق والخلع حقان متبادلان لايجوز لكل منهما أن يتعسف بما منحه الله .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [1] .

ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذ فركت الرجل « اي اذا بغضته » .

وجاء في الانصاف [1] :

اذا ترك الزوج حق الله فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع ونحوه . واخيراً فاني ارى ان الزوجة اذا ما طلبت المخالعة من زوجها فعليه ان يعظها ويعرف سبب نشوزها او كراهيتها فلعل أمراً طارئاً سبب هذا النفور سرعان مايزول وعلى الزوج ايضاً أن يحاول الاصلاح ما أمكن وذلك كما سيأتي معنا في بحث التفريق للشقاق والضرر فإن تعذر عليه ذلك فالواجب عليه ديانة أن يطلقها . وفي هذا الرأي جمع لآراء الفقهاء الذين قالوا بالندب أو الاستحباب أو الوجوب .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٤١.
(٢) الانصاف ٨/٤٣٠ .

فإن لم يستجب الزوج لطلب الزوجة بالمخالعة فما على الزوجة إلا أن ترفع أمرها للقاضي فيفرق بينهما مخالعة .

على أنه يجب في جميع الحالات ألا يزيد ما تدفعه الزوجة عوضاً للخلع على المهر الذي دفعه زوجها لها .

وبهذا تنال الزوجة حقاً بمفارقة زوجها إذا ما تعذر استمرار الحياة الزوجية. ونتخلص بذلك من انتقادات مريرة يوجهها الينا أصحاب الأغراض السيئة الذين يريدون أن ينالوا من هذا الدين الكريم .

. . .

المبحث الخامس

الخلع في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

مصر :

لا يوجد في مصر نصوص صريحة في موضوع الخلع سوى ما جاء في المادة الخامسة : ان الطلاق نظير عوض طلاق بائن .

وماجاء في التفريق للشقاق والضرر بعد التحكيم لم يذكر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التفريق على مال . ولهذا وأمام سكوت القانون كان لا مناص من الرجوع الى المذهب الحنفي حسب ماجاء في المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ .

وفي مجموعة الاحكام الشرعية نصوص كثيرة في الخلع مأخوذة من المذهب الحنفي ويمكن الرجوع اليها وان لم يكن لها صفة رسمية .

فمن ذلك مثلا م ٢٧٣ : اذا تشاحن الزوجان وخافا ان لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز الطلاق والخلع في النكاح الصحيح .

م ٢٧٤ : يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج المخالع اهلا لايقاع الطلاق وان تكون المرأة محلًا له .

م ٢٧٥ : العوض ليس بشرط في الخلع فيقع صحيحاً به وبدونه سواء كانت المرأة مدخولا بها ام لا .

م ٢٧٦ : يجوز قضاء للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر مما ساقه اليها .

م ٢٧٨ : يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال وتصح فيه نية الثلاث ولا يتوقف على القضاء .

ملاحظاتنا : على ماجاء في هذه المواد :

١ ـ الأصل في هذه المجموعة المذهب الحنفي ولهذا يجوز الخلع بنية الثلاث فتقع ثلاث طلقات . ولكن مفعول هذه المادة ملغى بالمادة الثالثة الصريحة بعدم وقوع اكثر من طلقة واحدة ولو تعددت الطلقات .

٢ ـ يجوز الخلع ببدل وبدون بدل .

٣ ـ يقع بالخلع سواء ذكر البدل ام لم يذكر طلاق بائن . اي ان انتفاء عوض الخلع لايغير من أثره .

٤ ـ لايحتاج الخلع الى القضاء بل يتم بالتراضي بين الزوجين .

سوريا :

وأما القانون السوري فقد نص على بعض احكام الخلع في المواد التالية :

م ٩٥ : ف١ . يشترط لصحة المخالعة ان يكون الزوج اهلا لايقاع الطلاق والمرأة محلا له .

ف٢ المرأة التي لم تبلغ سن الرشد اذا خولعت لاتلتزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال .

م ٩٦ : لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

م ٩٧ كل ما صح التزامه شرعاً صح ان يكون بدلا في الخلع .

م ٩٤ كل طلاق يقع رجعياً الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل .

م ٩٨ : اذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم اداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية .

م ٩٩ : اذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برىء كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

م ١٠٠ : اذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية .

ملاحظاتنا على القانون السوري :

١ ـ انه اعتبر الخلع طلاقاً بائناً وليس بفسخ اخذا من المذهب الحنفي .

٢ ـ خالف المذهب الحنفي في انه يجوز للموجب من الزوجين الرجوع قبل قبول الآخر وذلك اخذا من المذهب المالكي الذي اعتبر الخلع معاوضة من الجانبين .

٣ ـ لا خلع الا بعوض فاذا إنتفى العوض لم يكن خلعاً بل طلاق ، والاصل في الطلاق ان يكون رجعياً . ولهذا لو ذكر الزوجان لفظ الخلع فهو طلاق رجعي اذا نفى العوض .

٤ ـ اعتبر القانون السوري مخالعة من لم تبلغ سن الرشد المالي غير صحيحة دون موافقة ولي المال .

العراق :

م ٤٦ : ف١ الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول امام القاضي .

ف٢ يشترط بصحة الخلع ان يكون الزوج اهلا لايقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلاله . ويقع بالخلع طلاق بائن .

ف٣ للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر أو أقل من مهرها .

ونلاحظ ان الشيء الجديد في القانون العراقي هو ان يكون الخلع امام القاضي واما بقية الاحكام فهي من المذهب الحنفي .

تونس :

سبق ان ذكرنا ان القانون التونسي اشترط ان يكون الطلاق بحكم القاضي واستثنى من ذلك الطلاق بالتراضي بين الزوجين ولم يذكر صيغة الخلع بل قال : بتراضي الزوجين في الفصل ٣١ .

المغرب :

الفصل ٦١ : للزوجين ان يتراضيا على الطلاق بالخلع .

الفصل ٦٢ : تخالع الرشيدة عن نفسها . والتي دون سن الرشد القانوني اذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال .

ويلاحظ في القانون المغربي انه يرجع في حال عدم وجود نص الى المذهب المالكي .

. . .

الفصل الثاني

الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

المبحث الاول : الطلاق بالاتفاق لدى اليونان .

لم يعرف اليونان الطلاق باتفاق الزوجين فقد كانت سلطة الرجل اقوى من ان تسمح للمرأة مشاركته في انهاء الزواج .

ففي العصر القديم كان عقد الزواج يتم عن طريق الشراء فالزوج الذي يشتري زوجته يصبح مطلق التصرف في ان يحتفظ بها او ان يطلقها، وكل عمل من الزوجة في سبيل الانفصال عنه يعتبر تعديا على حقه الذي يملكه بمفرده .

وهكذا لا نجد اثراً لدى اليونان لنظام الطلاق باتفاق الزوجين لان هذا لا يكون في نظام يعطي الرجل الحق المطلق دون قيد في طلاق زوجته بعد أن يدفع ثمنها لاهلها فيعز عليه ان تفوّت عليه مغنمه في مشاركته بطلاق نفسها[١] .

ولما جاء العصر الكلاسيكي لم يعد الزواج يتم عن طريق الشراء ومع هذا بقي الرجل متمتعاً بسلطته المطلقة في ان يطلق زوجته متى شاء وأراد .

غير انه اصبحت الزوجة تدفع لزوجها حين الزواج بائنة هي كل مايدفعه لها ابوها تعويضاً عن ميراثها .

« ويحدثنا ول ديورانت عن هذا العصر فيقول : وكان الطلاق يباح ايضا اذا تراضى الزوجان وكان هذا التراضي يعبر عنه عادة باعلانه رسميا .

---

(٢) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٢٥

(٢) قصة الحضارة ول ديورانت . ج ٢ مجلد ٢ ص ١١٦ .

المبحث الثاني

الطلاق بالاتفاق لدى الرومان

مر الطلاق في الحقوق الرومانية بمراحل متعددة ففي العصر القديم كان الطلاق مطلقا للرجل كما كان لرب الأسرة ان ينهي زواج ابنته من زوجها رغم ارادته ولو لم توافق الزوجة نفسها على ذلك [1].

ولما جاء العصر الكلاسيكي فقد رب الأسرة سلطته في تطليق ابنته واكتسبت الزوجة هذا الحق فاصبح الطلاق حقاً للزوجين من شاء منهما ان يطلق الآخر فعل ودون ان تكون هناك أسباب محدودة مما أدى الى شيوع الطلاق بكثرة بالغة .

وفي عصر الامبراطورية السفلى طرأت تعديلات هامة تحت تأثير الكنيسة ادت الى عدم اباحة الطلاق ولكنها لم تستطع ان تمنعه ولهذا فقد جاء الامبراطور قسطنطين عام ٣٣١ م وأعلن تقييد الطلاق وحصر الأسباب التي ان لم يتوفر احدها لا يجوز الطلاق بدونه ولكن اثر المخالفة لم يكن يتعدى الغرامة المالية بمعنى ان الزوج له ان يطلق دون مسؤلية مالية ضمن الحدود التي حددها المشرع فاذا ما تجاوز تلك الحدود تعرض للعقوبة المالية .

وفي جميع الحالات كان يجوز الطلاق باتفاق الزوجين حتى جاء جوستينيان فالغى الطلاق بالاتفاق عام ٥٤٢ ، وحين خلفه الامبراطور جوستنيان الثاني اجازه من جديد سنة ٥٦٦ [3] .

. . .

---

(١) الحقوق الرومانية للدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم بدراوي .

(٢) بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني الدكتور صوفي ابو طالب ص ١٤٣

(٣) المرأة عند الرومان ص ٢٣٨

المبحث الثالث

الطلاق باتفاق الزوجين عند اليهود

طائفة الربانيين :

الطلاق حق للرجل يوقعه متى شاء لدى الربانيين من اليهود :

فقد جاء في المادة ٣٣٤ للربانيين : الطلاق في يد الرجل .

والمادة ٣٢٥ : قول المرأة الطلاق ليس شرطاً ومع هذا فقد قالوا يستحسن ان يكون للطلاق سبباً والا كان مكروهاً .

ولا مانع لدى اليهود من وقوع الطلاق باتفاق الزوجين على ان يكون بحكم من السلطة الملية عندهم . وقد وجدت فتوى صادرة من حاخامخانة الاسرائيلين في القاهرة في القضية رقم ٢٩ سنة ١٩٥١ احوال شخصية اجانب جاء فيه : اذا كان الزوجان متفقان على الطلاق وتقدما باتفاق على الطلاق بينهما فالحكم يكون بالتصديق على الاتفاق وايقاع الطلاق .

كما ان محكمة القاهرة الابتدائية اصدرت حكمها في التفريق للاتفاق بين الزوجين في ١٩٥٨/١٠/٢١ ومما قاله انه اذا كانت شريعة ما تبيح للرجل حل رابطة الزوجية دون توقف على ارادة الزوجة كان من البديهي القول بأن هذه تؤيد الاعتداد بالاتفاق في مسائل الطلاق[٢] .

ويبدو اثر هذا الاتفاق بالالتزامات المالية التي تترتب على انهاء الزواج،

---

(١) القضاء للاسرائيليين حاى بن شمعون ص ٧٧

(٢) مراجع القضاء ـ صالح حنفي ٤٨١/٢ قضاء الطوائف الملية . احمد صفوت ص ١١٠ .

فالطلاق في كل من الحالتين له التزام يختلف عن الآخر فقد يكون الاتفاق بين الزوجين على انهاء الحياة الزوجية وغالباً مايكون كذلك ليتخلص الزوج من بعض الأعباء المالية التي قد ينوء بدفعها فيما اذا اقدم على الطلاق بارادته المنفردة . وقد يكون في هذا الاتفاق تحقيق لرغبة الزوجة في انهاء الحياة الزوجية .

اما طائفة القرائين :

فالطلاق عندهم ليس حقاً مطلقاً للرجل يتصرف فيه كما يشاء بل لابد له من مسوغ يقره الشرع اليهودي ، اما اذا اتفق الطرفان على الطلاق فالأمر حينئذ جائز . جاء في شعار الخضر[1] :

ان لاطلاق الا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات اللهم الا اذا كان هناك تراضي بين الاثنين فان المسوغات لايتوقف الأمر عليها والحال هذه ان يطلقها ولو بلاسبب أصلاً ما دامت قابلة .

الاجتهادات القضائية :

جاء في حكم لحاخا مخانة الاسكندرية[2] : اذا تبين للمحكمة استحالة الحياة الزوجية بين الزوجين بايقاع الطلاق اجابة للطلب المتقدم منها بذلك .

وفي حكم آخر[3] : ازاء اتفاق الطرفين على وضع حد لزواج تنقصه أبسط عوامل السعادة ونظراً لما يتطلبه الأمر من اقصاء الأولاد من جو مشحون بالبغض والشقاء ترى المحكمة وجوب ايقاع الطلاق ، وعلى الزوج اتمام اجراءاته .

* * *

(١) شعار الخضر ص ١٢٩

(٢) حاخا مخانة الاسكندرية ١٩٥٣/١٢/٢١ - صالح حنفي ص ٢٥٤

(٣) حاخا مخانة الاسكندرية ١٩٥٤/١٢/٢١ - رفعت خفاجي ١١٧

المبحث الرابع

الطلاق باتفاق الزوجين عند المسيحية

لاطلاق في المسيحية بمعنى ان الرجل والمرأة لايملك احدهما فصم عرى الزوجية بل لابد من رفع الأمر للقاضي للتطليق في احوال نص عليها القانون وسنرجع الى قوانين الاحوال الشخصية، ثم الى اجتهادات المحاكم، ثم الى اراء الفقهاء، وشراح القانون واخيراً نبدي رأينا في هذا الموضوع .

١ ـ القوانين :

واذا رجعنا الى قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في مصر لغير المسلمين لانجد مادة تشير الى التفريق في حال الاتفاق بين الزوجين على الطلاق[١].

٢ ـ المحاكم

ولهذا رفضت اكثر المحاكم في مصر التطليق باتفاق الزوجين، فقد جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة: « من حيث أنه عن الأمر الأول وهو الطلاق بالتراضي فإن الشرع لدى طائفة الاقباط الارثوذكس لا يجيز للزوجين أن يتحللا من عقد الزواج بإرادتها بل يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب التطليق فلا يفسخ العقد إلا بحكم ولأسباب بعينها، ذلك ان الكنيسة الأرثوذكسية التي ينتمي اليها الزوجان تعتبر الزواج نظاماً قانونياً وان

---

(١) غير ان قانون الارمن الارثوذكسي نص في المادة ٣٧: يحرم على الزوجين ان يتفقا على الطلاق .

القواعد التي يتكون منها هذا النظام انما هي قواعد أمره لا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها ».

ولكن محكمة الاسكندرية الابتدائية حكمت بخلاف ذلك بعد حكم استئناف القاهرة :

« متى ثبت باقرار الطرفين قيام سوء التفاهم المستمر بينهما وتصدع الحياة الزوجية واستحالتها نتيجه لذلك تعين على المحكمة التطليق [1] » .

٣ – الفقـه :

يقول الاستاذان محمد محمود نمر والفي بقطر حبشي في كتابهم الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية [2] .

« . . . كذلك تحرمه ولو اتفقت إرادة الزوجين على وقوعه بتلك الوسيلة. وهذا التحريم يعتبر من المبادىء الاساسية التي تقوم عليها الشريعة المسيحية .

ولكن الدكتور اهاب اسماعيل يعتبر أن الاتفاق على التطليق جائز لدى شريعة الأقباط الاثوذكس باعتبار أن النفور والشقاق من الأسباب التي تبيح التطليق ، ويقول ألا يمكن ان نعتبر الاتفـاق دليلاً على وقوع هـذا الشقاق والنفور الذي لولاه ما أدى الأمر الى اتفاق الزوجين على انهاء حياتهما الزوجية . ويقول : فإذا ما كان هذا النفور قد تسبب فيه أحد الطرفين وجاز الحكم بالتطليق على أساسه ، فإنه من باب أولى يكون هذا النفور موجباً للتطليق حينما يتسبب فيه الطرفان ويقران باتفاقهما على العزوف عن الحياة الزوجيـة والاصرار على عدم الاستقرار فيها [3] .

---

(١) محكمة الاسكندية الابتدائية ١٩٥٧/٣/٥ راجع صالح حنفي ٥٠١/٣

(٢) الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ص ٢٨١

(٣) اهاب اسماعيل الطلاق لدى الارثوذكس ص ٢٢٩

وقد رد الاستاذ رفعت خفاجي على الدكتور اهاب اسماعيل [1] بقوله :

يرى اهاب اسماعيل الاعتداد بالاتفاق كسبب من أسباب التطليق . ونحن نخالفه في هذا الرأي لما هو مستقر عليه فقها وقضاء من ان الزواج عند المسيحيين على اختلاف طوائفهم نظام قانوني وليس عقداً ، فلا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفة القواعد التي يتكون منها هذا النظام .

ومما يؤيد ما ذهب اليه الدكتور اهاب اسماعيل قرار المجلس القبطي في القاهرة في قضية ملخصها ان قبطياً ارثوذكسياً طلب التطليق من زوجته بسبب اصابتها بالعمى فأجابه مجلس ملى فرعى جرجا لطلبه وحكم بطلاقه من زوجته .

ولكن المجلس الملى العام قضى غيابياً بالغاء الحكم المذكور وقال إن زوجته دامت خمسين عاماً بين زوجين لايجوز فصم عراها لهذا السبب [2] .

غير ان الزوجه لم ترض بالغاء الحكم وطلبت من المجلس الملى العام الغاء حكمه فأجابها الى طلبها ثانية وقرره وحيث ان الزوجة التي كان المجلس الملى العام يهدف الى مصلحتها قد تضررت من هذا الحكم ورفعت معارضة عنه وقررت انها توافق على الطلاق بل ان مصلحتها متحققة في الحكم بالفصل لأنها ستقيم في منزله على الرغم من هذا الحكم . . . فيتعين إجابة الزوجة الى طلبها والحكم بفصل الزوجين [3] » .

ولهذا فأني أرى ان الاتفاق على انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين في الشريعة المسيحية أمر يجوز وان لم ينص عليه مع ملاحظة التفرقة بين مجرد الاتفاق بين الزوجين على الفرقة فهذا لا أثر له لأنه لايجوز الطلاق إلا بحكم الحاكم إنما الخلاف وموضوع البحث ما إذا رفع الزوجان امرهما الى القاضي ليحكم لهما بالتفريق .

---

(١) رفعت خفاجي قضاء الاحوال الشخصية ص ١٢٩

(٢) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١٦/١٠/١٩٥١

(٣) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١١/١٢/١٩٥١

كما أني أرى ان مجرد وجود بعض الأسباب كالهجر والايذاء والاعتداء على أحد الزوجين ومما يشبه ذلك مما نص عليه القانون يسهل كثيراً الاتفاق على الطلاق فإذا تم الاتفاق بين الزوجين على فصم عرى الزوجية ولم يسمح القضاء بذلك كان من السهل على احد الزوجين ان يهجر الآخر او ان يؤذيه أو أي فعل يمكن أن يدخل تحت احدى المواد التي تجيز التفريق ثم يتقدم الطرف الآخر بطلب الفرقة وبهذا يكون الاتفاق على انهاء الحياة الزوجية .

فضلاً عن أن القانون حين نص على الشقاق والخلاف وسوء العشرة بين الزوجين كسبب يبيح للطرف الآخر طلب التطليق فان الاعتراف بهذا السبب اعتراف بالطلاق ضمنياً لأنه ليس من المعقول أن يتفق زوجان على الطلاق الا بعد أن تتكدر حياتهما ويستحيل استمرار العيش المشترك بينهما (١) .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل (٢) : ولو أننا استبدلنا لفظ الاتفاق بلفظ اصرار الزوجين على التطليق لحيل إلي أن النظرة المعنوية ستتغير ، ويقبل بأن هذا الاصرار دليل حاسم على استحكام النفوذ وتأصيل الكراهية والحزم والتيقن من عدم توقع عودة الحياة الزوجية .

* * *

---

(١) جاء في المادة ٢١٤ من القانون الروماني الصادر في ١٨٦٥ والمعدل في ٢٤ مارس سنة ١٩٠٦ :

اذا اتفق الزوجان على الطلاق اعتبر التراضي دليلاً كافياً على ان المعيشة بينهما اصبحت لا تطاق

(٢) انحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس للدكتور اهاب اسماعيل ص ٢٢٩ .

الفصل الخامس

الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية

لا تجيز معظم القوانين الاجنبية الطلاق باتفاق الزوجين باعتبار ان اسباب الطلاق جاءت في هذه القوانين حصراً ولا يجوز التفريق الا بحكم القاضي بناء على تقديره لتلك الاسباب .

ولكن كما لاحظنا في اسباب التفريق لدى شريعة الاقباط الارثوذكس حين عددت اسباب الطلاق انه من الممكن ان يتفق الزوجان بالتواطؤ لا على الطلاق بل على ارتكاب احدهما جريمة الزنا او يقوم بعمل يعتبره القانون سبباً للتفريق فيطلب الطرف الآخر التفريق بسببه .

الطلاق باتفاق الزوجين فى فرنسا :

عرفت فرنسا نظام الطلاق باتفاق الزوجين في تشريع عام ١٧٩٢ بعد ان انتصرت على نظم الكنيسة التي تحرم الطلاق لأي سبب كان .

وفي عام ١٨٠٤ عدلت المجموعة المدنية احكام الطلاق ، وابقت الطلاق بالاتفاق مع بعض قيود تقلل من حدوثه .

وقد جاءت هذه القيود في المواد (٢٧٥ - ٢٩٤) واهم هذه القيود :

١ - الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق وذلك بأن يعبرا عن ارادتهما ثلاث مرات خلال تسعة اشهر انهما اتفقا على الطلاق .

٢ - موافقة اباء الزوجين على التفريق .

٣ ـ ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم .

٤ ـ ولا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي بعد ان يتأكد من توافر هذه الشروط .

ومن الطبيعي ان مثل هذه القيود تجعل الطلاق باتفاق الزوجين نادر الوقوع [١] .

وفي عام ١٨١٦ الغي نظام الطلاق في فرانسا نظراً لشيوع الطلاق بشكل مخيف جداً .

وقد اعيد في ١٨٨٤ نظام الطلاق بعد ان حذف منه الطلاق باتفاق الزوجين .

بلجيكا :

اخذت بلجيكا المجموعة المدنية الفرنسية ولا تزال تطبق نظام الطلاق فيها . وعلى هذا فالطلاق باتفاق الزوجين لا يزال ساري المفعول في بلجيكا .

وقد وضع المشرع قيوداً عدة نذكرها فيما يلي :

م ٢٧٥ : يشترط ان يكون الزوج قد بلغ من العمر ٢٥ سنة على الاقل .
وان تكون الزوجة قد بلغت من العمر ٢١ سنة على الأقل .

م ٢٧٦ : ان تكون قد انقضت على الزواج سنتان على الأقل .

م ٢٧٧ : ان لا تكون قد انقضت على الزواج عشرون سنة .
وان لا يكون عمر الزوجة ٤٥ سنة فأكثر .

م ٢٧٨ : ان يوافق على طلب التفريق اصول الزوجين الذين على قيد الحياة .

القانون الايطالي :

قلنا ان ايطاليا احدى الدول الثلاث التي لا تجيز الطلاق ولو بحكم القاضي ، وكل ما في الأمر إن القانون الايطالي نص على نظام الانفصال الجسماني بحكم من القضاء ولأسباب محددة بالمواد ١٥٢ ـ ١٥٣ .

---

(١) مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٣٨ .

وقد نص القانون الايطالي في المادة ١٥٨ على التفريق بالتراضي بين الزوجين اذا توافر شرطان :

١ – اتفاق الزوجين كتابة على التفريق بشرط ان لا يتضمن الاتفاق نصوصاً مخالفة للنظام العام او للاداب العامة .

٢ – تصديق المحكمة على الاتفاق .

روسيا[١]:

لم يحدد قانون ١٩٤٤ في روسيا اسباباً للطلاق بل اعطى الأمر للقاضي حيث يقدر الاسباب التي يتقدم بها احد الزوجين للطلاق . إلا انه يلاحظ ان القضاء في الاتحاد السوفيتي يسير على اعتبار اتفاق الزوجين على انهاء الزواج قرينة قوية وحجة حاسمة على استحالة الحياة الزوجية بينهما ولهذا فان القضاء يحكم بالطلاق في اكثر الحالات التي يتبين للقاضي ان الاتفاق بين الزوجين على الطلاق بني على اسس سليمة ومعقولة يستحيل خلالها استمرار الحياة الزوجية[٢] .

• • •

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي .

(٢) وهناك بعض القوانين الاجنبية اجازت التفريق بالتراضي بين الزوجين : فقد جاء في المادة ٣١٥ من القانون المدني البرازيلي : ان الانفصال بين الزوجين يجوز بالتراضي بينهما على ان يصدر حكم من القاضي بذلك . وجاء في المادة ٥٦ ف٢ من القانون اليوغوسلافي الصادر في ٩ ابريل ١٩٤٦ : اذا اتفق الزوجان على الطلاق جاز للقاضي التفريق بينهما . ونص ايضاً القانون البولندي في المادة ١٣ : يجوز الاتفاق على الطلاق على ان يكون ذلك بعد الزواج بثلاث سنوات . راجع الاحوال الشخصية للاجانب لجميل خانكي

الباب الرابع

الطلاق بحكم القاضي

وهو يتضمن :

الفصل الأول

التفريق للعيوب والامراض

المبحث الاول

التفريق للعيوب والامراض في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الحياة الزوجية قوامها الالفة والمودة والمحبة ، ومن اهدافها التناسل لايجاد جيل قوي يساهم في بناء المجتمع الاسلامي .

هذه الحياة قد يطرأ عليها مايعكر صفوها من مرض احد الزوجين بعلة يصعب او يطول شفاؤها او يستحيل ، او قد يجد احد الزوجين صاحبه مصاباً بمرض تناسلي او منفر او مخوف ثم يظهره له حين العقد فماذا يعمل حينئذ ؟.

هل يبقى السليم مع المريض يشاطره ألم الحياة كما شاطره سعادتها وهناءها وله من الله الاجر والثواب لانه ساهم في تخفيف مصاب زوجه ؟.

أم ان للزوج السليم اذا ماخشي انتقال العدوى من زوجه اليه أو نفر عنه نفورا يكاد يخشى عليه من الفتنة اذا ما استمر على معاشرته او انه يرغب بزوج معافى غير مريض ، هل لهذا الزوج ان يطلب التطليق من القاضي فيجيبه اذا ما ثبت ذلك ؟..

الفرع الأول

رأي المذاهب في اصل التفريق للعيوب

في الشريعة الاسلامية ثلاثة مذاهب في التفريق للعيوب والامراض بين الزوجين :

١) - المذهب الاول — مذهب الظاهرية

قالوا لا تفريق بين الزوجين لعيب في احدهما .

ووافقهم على ذلك الشوكاني وصاحب الروضة الندية وهو قول عمر بن عبد العزيز وبعض التابعين .

٢) — المذهب الثاني — مذهب الاحناف

قالوا للزوجة ان ترد النكاح اذا وجدت بزوجها عيبها تناسليا يمنع من الاتصال الجنسي اما الزوج فلا يملك هذا الحق .

٣) — المذهب الثالث — جمهور الفقهاء

قالوا لكل من الزوجين حق طلب التفريق لعيب يجده في الآخر وقد اختلفوا فيما بينهم في تعداد هذه العيوب .

اولا — مذهب الظاهرية

قال الظاهرية لا يجوز لاي من الزوجين رد النكاح باي عيب وجده في زوجه الآخر مهما كان العيب سواء كان المرض تناسلياً ام كان من الامراض السارية او المنفرة .

وهو قول عمر بن عبد العزيز كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد[1] .

واختاره الشوكاني في نيل الاوطار والقنوجي في الروضة الندية .

جاء في المحلى[2] : لا يفسخ النكاح بعد صحة بجذام حادث ، ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ، ولا بان يجد بها شيئاً من هذه العيوب ، ولا بان تجده هي كذلك ولا بعنانة ، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب .

ويقول ابن حزم[3] من تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطئها مرة او مراراً او لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره ان يفرق بينهما .

وجاء في نيل الاوطار[4] : بعد ان ذكر ادلة من قال بالتفريق للعيوب قال « ومن امعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » .

وجاء في الروضة الندية[5] : فأعلم ان الذي ثبت بالضرورة الدينية ان عقد النكاح لازم ، يثبت به أحكام الزوجين من جواز الوطء او وجوب النفقة ونحوها ، وثبوت الميراث وسائر الاحكام ، وثبت بالضررة الدينية ان يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت . فمن زعم انه يجوز الخروج من النكاح

---

(١) بداية المجتهد ٣١/٢ .
(٢) المحلى ١٠٩/١٠ .
(٣) المصدر السابق ١٥٧/١٠ .
(٤) نيل الاوطار ١٥٧/٦ .
(٥) الروضة الندية ٣٢/٢ .

بسبب من الأسباب فعليه الدليل الصحيح المقتضى للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية . وماذكروه من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها .

وهكذا نجد ان حجة أصحاب هذا الرأي انه لم يثبت شيء صحيح بالفسخ عن الصحابة ولا عن التابعين .

وقد اعلّ ابن حزم ماورد في هذا الشأن ولم يحتج به فقال :

ان الاصل بقاء النكاح ولايزول الا بدليل ولادليل هنا على إزالته .

ويقول (١) : كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على كل من سواه . فمن فرق بينهما بغير قرآن أوسنة فقد دخل في صفة الذين أذلهم الله بقوله : « فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه » .

دليل هذا المذهب :

استدل ابن حزم على رأيه بما رواه الزهري عن عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته ان رفاعة القرظي طلق امرأته فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وانه الله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت هدبة من جلبابها . فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعه ؟.. لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك .

قال ابن حزم : فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها وان احليله كالهدبة ،

---

(١) المحلى ١٠/٦١ .

لاينتشر اليها وتشكو ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقته فلم يشكها ولا اجل لها شيئاً ولافرق بينهما .

. . .

مناقشة ابن حزم :

لادليل لابن حزم الا في هذا الحديث الذي أورده ، ولكن لو امعنا النظر في الحديث المذكور نجد انه لاحجة له فيه ، فقد جاء ذكر الحديث لبيان حكم شرعي بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أن المطلقة ثلاثاً لاتحل لزوجها الا بعد زوج آخر ، يطأها وتذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها .

فعبد الرحمن بن الزبير طلق امرأة رفاعة ثم جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم لاتشكو من عبد الرحمن بل تستفتي النبي عليه السلام بالرجوع الى زوجها رفاعة الذي طلقها ثلاثاً .

فقد اخرج مالك في الموطأ : ان رفاعة طلق امرأته تميمه بنت وهب في في عهد رسول الله ثلاثاً فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فأعرض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعه ان ينكحها وهو زوجها الاول فقال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن ترجعي الى رفاعه لا ... حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك (١) .

وبهذا نرى أنه لاوجه للاستدلال بهذا الحديث لانها لم تطلب الفسخ من عبد الرحمن انما طلبت العودة الى رفاعه . فبين النبي عليه السلام حكم العودة للمطلقة ثلاثاً ، ومنه أخذ الفقهاء ان مجرد العقد لايكفي في عودة المطلقة ثلاثاً

---

(١) سبل السلام ٣/١٨٢ .

الى زوجها الأول [1] .

وقال ابن عبد البر بعد ان ذكر الحديث : « قد صح أن ذلك كان بعد طلاقه [2] » .

شرط السلامة من العيب :

غير ان ابن حزم قال اذا شرط احد الزوجين السلامة من العيوب فالشرط صحيح ولازم فاذا ظهر للمشترط خلاف ماشرط فالعقد باطل .

جاء في المحلى [3]: فان اشترط السلامة في عقد النكاح ، فوجد عيباً أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لاخيار له في اجازته ولاصداق فيه ولاميراث ولانفقه ، دخل أولم يدخل لان التي ادخلت عليه غيرالتي تزوج ، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك فاذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما [4] .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ ـ اعطى حق الاشتراط للزوج دون الزوجة وهي تفرقه لامبرر لها في رأينا بل على العكس فاننا نرى ان اعطاء هذا الحق للزوجة اولى لأنها لا تملك الطلاق .

٢ ـ اعتبر مخالفة الشرط في النكاح بطلان للعقد من أصله بحيث لايقبل الاجازه ولو قبل النكاح .

---

(١) وقد روى عن سعيد بن المسيب ان مجرد العقد على المطلقة ثلاثاً يكفي لعودتها لزوجها الاول . وهو رأي مخالف للاجماع .

(٢) كشاف القناع ٨٢/٥ .

(٣) المحلى ١١٥/١٠ .

(٤) قارن هذا وما جاء في فتح القدير ٢٦٧/٣ - لو شرط وصفاً مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزاً شوهاء ، ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لاخيار له في فسخ النكاح .

وهذه مبالغة فان الزوج قد يرى العيب في زوجته فيعجبه مثلاً فيسكت فلماذا نعتبر العقد باطلاً ولا نعطيه حق الخيار ان شاء أمسك زوجته وان شاء فسخ العقد .

٣ - واخيراً فاننا نرى قياساً على قاعدة الشروط : ان الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ حسب ماذهب اليه الحنابلة ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً على ماذهب اليه جمهور الفقهاء . وعلى هذا فان الزوج حين يتزوج فالمعروف انه يشترط السلامة في العيوب المنفرة والسارية او من كل عيب يعتبر فيه العرف انه منفر ، فتخريجاً على هذا النص واستنباطاً لما جاء فيه نستطيع القول بأن العيوب التي ينفر منها الطبع والحس عيوب موجبة للتفريق .

. . .

ثانياً — مذهب الاحناف

قال الاحناف : اذا وجدت الزوجة زوجها مصابا بأحد الأمراض التناسلية التي تحول دون الاتصال الجنسي فلها حق طلب التفريق من القاضي ، وهذه العيوب هي :

العنة ، الجب ، الخصي ، الخنوثة ، التأخذ [1] ، وقصر بعضهم التفريق على العيوب الثلاثة الاولى فقط .

وقد أضاف الامام محمد عيوباً أخرى كالجنون والجذام والبرص .

قال في ملتقى الابحر [2] : ولاخيارلها ان وجدت به جنوناً أو برصاً خلافاً لمحمد .

ولاخلاف في المذهب الحنفي ان حق الرد بهذه العيوب هو حق خاص بالزوجة .

وعلل الكاساني ذلك في البدائع فقال [3] : لأنها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقاً لدفع الضرر . فلو وجد الزوج في زوجته عيباً تناسلياً يمنعه من الوصول اليها لايجوز له التفريق بسببه فان شاء ابقى زوجته وله الاجر على فعله وان شاء طلق باحسان .

قال في المبسوط [4] : لايرد الرجل امرأته عن عيب فيها ولو كان فاحشاً

---

(١) البدائع ٢/٣٢٧ .

(٢) ملتقى الابحر ١/٢٧١ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) المبسوط ٥/٩٧ .

انما له الخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها .

ودليل ابي حنيفة وابي يوسف في حصر العيوب التي تبيح للزوجة حق التفريق بالعيوب التناسلية :

١) اجماع الصحابة على التفريق للعنة والجب . وانها عيوب تحول دون تحقيق غرض النكاح .

قال الزيلعي [١] : وفي الجب والعنة اجماع الصحابة ولا يمكن القياس عليها لانهما يعدمان المقصود من النكاح وهو قضاء الشهوة والتوالد والتناسل ،وغيرهما من العيوب لايعدمه بل يخل به .

٢) لاضرر ولا ضرار فان في امساك الزوجة دون الوصول الى حقها المشروع في الجماع ضررا تأباه الشريعة التي جاءت لتحقيق مصالح العباد .

قال في البدائع [٢]: ان الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد .

٣) ان الغاية من الزواج التناسل فقدقال عليه السلام : «تناكحوا تناسلوا» فجعل الرسول الكريم التناسل ثمرة الزواج فاذا كان الزوج معيباً بعيب يمنع الاتصال الجنسي فاتت ثمرة النكاح ، فوجب الفراق اذا ما طلبت الزوجة ذلك .

يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة [٣] :

اقتصر الشيخان على العيوب الجنسية دون غيرها : العنة والخصي والجب لان الغايةمن الزواج حفظ النسل فاذا لم يكن الرجل صالحا لذلك فقد اصبح

---

(١) الزيلعي ٣/٢٥ .

(٢) البدائع ٢/٣٢٧ .

(٣) الاحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣٥٤ .

تنفيذ العقد مستحيلا فلا جدوى في بقائه ، ولان البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لايقبل الزوال ولا طريق للتخلص منه الا بالتفريق .

ونلاحظ على توجيه استاذنا ان هذا يتفق مع ما عرّف به الفقهاء عقدالنكاح بأنه عقد يرد على المتعة الجنسية قصداً . ونحن لانوافق على هذا التعريف لأن للزواج غايات مثلى غير المتعة الجنسية ، وان كان الاحصان والعفه هي من ضمن اهداف الزواج في الواقع ولكنها ليست محل العقد حتى يستحيل تنفيذه اذا لم توجد .

. . .

ثالثاً — مذهب الجمهور

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية والاباضية الى ان حق التفريق للعيب هو حق مشترك للزوجين فلكل منهما اذا وجد بصاحبه عيباً فله حق طلب التفريق [1].

وقد اختلفت هذه المذاهب قليلاً بتعداد هذه العيوب ونحن سوف نذكرها بايجاز دون شرح لها ، ومن اراد الاطالة فعليه الرجوع الى مصادرها .

مذهب المالكية

قال الخرشي [2] : العيوب ثلاثة أقسام :

١) مشتركة بين الزوجين : الجنون والجذام والبرص والعذيطة (الخراءة عند الوطء) والخنثى .

٢) خاصة بالرجل : الجب والخصاء والعنة والاعتراض .

٣) خاصة بالمرأة : الرتق والقرن والعضل والافضاء والبخر .

وقال الشافعية في الوجيز [3] :

يثبت للزوج حق الرد بالعيوب الخمسة : فلكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص والجذام والجنون .

ويثبت لها بجبه وعنته ، وله برتقها وقرنها .

---

(١) وقال الاحناف اذا حكم القاضي بالفسخ صح حكمه . المنتقى شرح الملتقى ٤٢٧/١

(٢) شرح الخرشي ٧٣٠/٢.

(٣) الوجيز ١٨/٢ وقال في المنهاج : اذا وجد احد الزوجين بالاخر جنونا ولو متقطعا او جذاما او برصا اووجدها رتقاء او قرناء اووجدته عنينا او مجبوبا ثبت في فسخ النكاح. تحفة المحتاج ٣٤٦/٧ .

وقال الحنابلة في المغني [1] :

واي الزوجين وجد بصاحبه جنونا او برصاً او كانت المرأة رتقاء ، او قرناء او عفلاء ، او فتقاء ، او الرجل مجنونا ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح .

وقال الزيدية في المنتزع المختار [2] .

العيوب المشتركة : الجنون والجذام والبرص والرق وعدم الكفاءة .

العيوب الخاصة بالزوجة : الرتق والقرن والعفل .

العيوب الخاصة بالرجل : الجب والخصاء والسل (سل الخصيتين) [3] .

وقال الجعفرية في اللمعة الدمشقية [4] :

العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنة والجذام .

وقال الاباضية في شرح النيل [5] في تعداد العيوب :

المجنون والمعتوه ... وكذلك البرص والعنه والجذام والعفل والرتق .

• • •

---

(١) المغنى ٧/٥٩٧ .

(٢) المنتزع المختار ٢/٢٩٥ .

(٣) ويلاحظ انهم لا يذكرون العنة من الاسباب المجيزة للفسخ .

قال في التاج المذهب ٢/٦٦ : لا يفسخ بالعنة وهو المذهب .

وقال المؤيد بالله وزيد بن علي والصادق والباقر والنفس الذكية والناصر : ويفسخ العنين . وحجتهم حديث امرأة رفاعه كما جاء في المحلى ١٠/٨٣ .

(٤) اللمعة الدمشقية بشرح الروضة البهية ٢/١٢٤ .

(٥) شرح النيل ٣/٢٤٤ .

ادلة الجمهور

١) ما رواه أحمد في مسنده [١] :

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار [٢] فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش ابصر بكشحها بياضا ، فانحاز عن الفراش ثم قال : خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئاً [٣] .

وفي رواية أخرى اكثر دلالة : انه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخلت عليه رأى بكشحها بياضاً واضحاً فردها الى اهلها وقال : دلستم علي" [٤] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث ان العيب اذا وجد بالمرأة ، فللزوج حق الخيار كما وجد النبي صلى الله عليه وسلم البرص بمن تزوجها فردها الى أهلها ، لان العيب مما تنفر منه النفوس ، والزواج شرع للمحبة والمودة بين الزوجين .

وما دام رسول الله رد زوجته لعيب البرص فيها فكل عيب يشترك مع البرص في علته فيجوز الرد به .

---

(١) منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخبار . ٦/١٥٦ وقد ذكر ان احمد رواه.

(٢) المهذب ٢/٥٠ .

(٣) رد الاحناف هذه الرواية بقولهم : ان معناها لا يخرج عن كونه طلاقاً . قال في البدائع ٣/٣٢٧ : والصحيح من الرواية انه قال لها الحقي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا . كما رد ابن حزم في المحلى على هذا الحديث بأن في سنده جميل بن زيد وهو متروك . والحديث مرسل ١٠/١١٥ .

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٠٢ سبل السلام ٣/١٨٠ .

٢) ما رواه البخاري [١] .

روى البخاري عن النبي عليه السلام أنه قال : « فرّ من المجذوم فرارك من الاسد » . والفسخ طريق الفرار ولو لزم النكاح مع الجذام لما امر بالفرار.

ولهذا قالوا ان الجذام من العيوب التي تعطى للسليم من الزوجين الحق في طلب التفريق لان النبي عليه السلام امرنا بالفرار من المجذوم وهل من فرار الا الفرقة ؟ [٢] .

وقد روى عن عمر انه رأى مجذومة تطوف بالبيت فقال لها : يا امة الله لا تؤذي الناس لو جلست في بيتك [٣] .

وروي عن النبي عليه السلام انه لما قدم عليه مجذوم يبايعه ارسل اليه بالبيعة ولم يأذن له في دخول المدينة [٤] .

٣) ما رواه بعض الصحابة والتابعين :

عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قال : ايما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونة فلها الصداق بمسه اياها ويرجع على من غره [٥] .

وعن علي : ايما امرأة نكحت وبها برص أو جنون او جذام او قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها ان امسك وان شاء طلق [٦] .

وعن الشعبي في الذي يجد امرأته برصاء او مجنونة او مجذومة او ذات قرن ان دخل بها فلها مهرها . وان علم قبل الدخول ان شاء أمسك وان شاء فارق بغير طلاق [٧] .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٣ .

(٢) وكذلك فسر الاحناف الفرار هنا بالطلاق. قال في فتح القدير : ٣/٢٦٧ - ولو ثبت الحديث بالمنى الذي اراده الشافعي فالفرار يفسر ايضاً بالطلاق .

(٣) شرح المواق علي خليل ٣/٤٩٧ .

(٤) فتاوى ابن تيمية ٤/١٠٦ .

(٥) الام ٥/٧٦ .

(٦) المحلى ١٠/١١٠ .

(٧) المصدر السابق ١٠/١١٠ .

الفرع الثاني

هل العيوب التي اوردها الفقهاء جاءت على سبيل الحصر ؟...

اذا وجد عيب بأحد الزوجين لم يرد ذكره في كتب الفقهاء فهل يجوز للطرف الآخر ان يطلب التفريق لاجله اذا استعصى شفاؤه او كان من الامراض السارية التي يخشى انتقالها اليه او الى أولاده ؟... وبعبارة أخرى هل ما نقل الينا في كتب المذاهب المختلفة التي اجازت التفريق للعيوب جاء على سبيل المثال فيقاس غيره عليه ام جاء على سبيل الحصر بحيث لا يقاس غيره عليه ؟...

اذا نظرنا الى ظاهر النصوص نجدان جمهور الفقهاء قالوا بحصر هذه العيوب بما عددوه منها وما ذكروه ، ولكن لو امعنا النظر في تعليلاتهم لهذه الامراض والعيوب لقلنا انها ليست محددة بل يجوز القياس عليها .

ومع هذا فقد جاء فريق من الفقهاء وذكر صراحة ان العيب اذا وجد باحد الزوجين وكان مما لا يستطاع به استمرار الحياة الزوجية ما دام شريكه مريضا بهذا المرض فله حق طلب التفريق من القاضي وعليه ان يفرق بينهما .

وعلى هذا فسنبحث رأي من قال بعدم الحصر ثم نأتي بأقوال جمهور الفقهاء الذين نصوا صراحة على انه لا رد بغير تلك العيوب التي أوردوها ثم نناقش ماذهبوا اليه وما نستنبطه من آرائهم المختلفة في شتى مؤلفاتهم .

...

من قال من الفقهاء بعدم حصر العيوب

قال **بعض الزيدية، وبعض الحنابلة** : الى ان كل عيب ينفر منه الزوج او الزوجة يحق للسليم منها ان يطلب التفريق .

وهو قول الزهري : يرد النكاح من كل داء عضال .

وقول ابي ثور ومعمر [1] .

وقال الامام محمد من الحنفية الى انه يحق الزوجة ان تطلب التفريق من زوجها اذا وجدت به اي عيب لا تستطيع الحياة معه بوجوده . ـ وهـذا على ما حققناه من مذهبه . ـ

ومن الزيدية قال القاضي حسين بعدم حصر العيوب التي تجيز لاحد الزوجين التفريق بسببها .

فقد جاء في المنتزع المختار [2] :

وقال القاضي حسين : انها غير منحصرة بل مامنع من توقان النفس وكسر الشهوة فانه يرد به النكاح .

ومن الحنابلة : ذهب ابن تيمية وابن القيم وابو البقـاء العكبري الى رد النكاح بجميع العيوب المنفره .

وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية [3]: وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع .

---

(١) المحلى ١١٢/١٠ روى من طريق عبد الرزاق عن معمر قال في هذه العيوب في النكاح : ما كان يشبهها فهو مثلها .

(٢) المنتزع المختار ٢٩٣/٢ .

(٣) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

وقال ابن القيم في زاد المعاد [1] .

« واما الاقتصار على عيبين او ستة او سبعة او ثمانية دون ما هو أولى منها ، أو مساو لها فلا وجه له . فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو احدهما أو كون الرجل كذلك من اعظم المنفرات والسكوت عنه من اقبح التدليس والغش وهو مناف للدين .

ويقول : والقياس : ان كل عيب ينفر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة توجب الخيار .

ويقول : وكيف يمكّن احد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ولا يمكّن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو اشد اعداء من ذلك البرص اليسير، وكذلك غيره من أنواع الداء العضال .

وجاء في الانصاف [2] :

وقال ابو البقاء العكبري : «يثبت الخيار بكل عيب» حتى انه بالغ كثيراً فقال :

« لو ذهب ذاهب الى ان الشيخوخة في احدهما يفسخ بها : لم يبعد» .

• • •

---

(١) زاد المعاد ٤٣/٤ .

(٢) الإنصاف ١٩٨/٨ .

مذهب الامام محمد من الحنفية

ذكرت معظم كتب الفقه الحنفي ان الامام محمداً خالف ابا حنيفة وابا يوسف في التفريق للعيوب حيث اضاف ثلاثة فقط هي الجنون والجذام والبرص فاذا وجد احدها بالزوج فالزوجة ان تطلب التفريق لاجلها ، اما اذا وجدت بالزوجة فلا يملك حق التفريق لانه يملك الطلاق .

جاء في فتح القدير [1] : ولها هي الخيـــار بعيب فيه من الثلاثة : الجنون والجذام والبرص . ومثل ذلك ماجاء في حاشية ابن عابدين [2] .

وذكر في البحر الرائق [3]: « ان الامام محمداً خالف ابا حنيفة وابايوسف بالجذام والبرص والجنون اذا كانت بالزوج فتخير المرأة .»

وقد نقلت اكثر الكتب الحديثة على ان مذهب الامام محمد الحصر في هذه العيوب بحيث لو وجد عيب آخر بالزوج لاتملك الزوجـة حق طلب التفريق لاجله ما عدا العيوب التناسلية المتفق عليها في المذهب .

غير اني حققت في هذا الموضوع فتبين لي ان مذهبه عدم الحصر .

ولم أر من شراح قانون الاحوال الشخصية في مصر وسورية من تعرض لتحقيق مذهب محمد اللهم الا ما كتبه استاذنا الدكتور مصطفى السباعي في شرحه الاحوال الشخصية [4] في سورية وقد ذكر ذلك ايضاً الدكتور محمد سلام مدكور في كتابه المدخل الفقهي [5] .

---

(١) فتح القدير ٣/٢٦٧ .

(٢) ابن عابدين ٢/٦١٣ .

(٣) البحر الرائق ٤/١٣٧ .

(٤) شرح الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ١٦٦ .

(٥) المدخل الفقهي للدكتور مدكور ص ٦٩٣

تحقيق مذهب محمد في التفريق للعيوب

جاء في المحيط[1] :

قال محمد رحمه الله : وللمرأة الخيار في الجنون والجذام وكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

ألا ترى انه يثبت لها الخيار في الجب والعنه .

وجاء في السراج الوهاج[2] قال الكرخي : العيوب الموجودة في الزوج لا تثبت الخيار للمرأة عند ابي حنيفة وابي يوسف الا الجب والعنة والخصاء .

وقال محمد : الجنون والجذام ايضاً وكل عيب لا يمكن المقام معه الا بضرر . وجه قول محمد : ان المرأة يلحقها الضرر بالمقام مع المجنون اكثر مما يلحقها بالمقام مع العنين فاذا ثبت لها الخيار في العنه فههنا اولى .

وفي البدائع[3] :

وقال محمد : خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط للزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح .

وحجة محمد : ان الخيار في العيوب الخمسة (التناسلية) انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلأن يثبت بهذه اولى بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب بجانب الزوجة .

---

(١) من نفائس المخطوطات العربية في مكتبة الازهر رقم ٣٤٨٨ .

(٢) السراج الوهاج للامام الحدادي وهو من مخطوطات المكتبة الازهرية القيمة (٣٧١) ٧٥٥٣ (٥٤٨٠٨) .

(٣) البدائع ٢/٣٢٧ .

وجاء في تبيين الحقائق[1] :

وقال محمد رحمه الله ترد المرأة اذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان كالجب والعنه .

وفي فتح المعين[2] :

قال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان بالزوج عيب فاحش لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنه .

ونقل صاحب در المنتقى عن القهستاني قوله :[3]

وانها تتخير عند محمد بكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

كما نقل هذا عن القهستاني الطحطاوي[4] .

والحق بها القهستاني كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

وجاء في المبسوط[5] :

وعلى قول محمد لها الخيار اذا كان على حال لا تطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا أو عنيناً .

---

(١) تبيين الحقائق ٣/٢٥ .

(٢) حاشية ابو السعود على منلا مسكين ٣/١٤٣ .

(٣) مجمع الأنهر وفي حاشية الدر المنتقى ١/٤٧١ .

(٤) الطحطاوي على الدر ٢/٧١ .

(٥) المبسوط ٤/٩٧ .

من قال بحصر العيوب الموجبة للتفريق

قال جمهور الفقهاء الذين اجازوا التفريق للعيوب والأمراض ان ذكر هذه العيوب جاء على سبيل الحصر فلا يقاس غيرها عليها .

غير اننا اذا رجعنا الى التعليل الذي ذكروه سبباً للتفريق من جهة والى اضطراب النقل في تعداد هذه العيوب في مختلف كتب المذاهب التي اجازت ذلك من جهة اخرى لتبين لنا خلاف ذلك :

وها نحن نستعرض نصوص الفقهاء التي نصت على عدم الحصر ثم نذكر علة التفريق من كتبهم ايضاً .

١) نصوص الفقهاء في حصر العيوب :

الشافعية

جاء في الام[١] : « ولا خيار في النكاح عندنا الا من اربع . »

وفي مغني المحتاج[٢] : بعد ان ذكـــر العيوب التي تجيز التفريق قال : واقتصار المصنف (يعني النووي) على ما ذكر من العيوب يقتضي انه لا خيار فيما عداها .

---

(١) الام ٥/٧٥ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٠٢ .

المالكية :

جاء في بداية المجتهد[1] : واتفق مالك الشافعي على أن الرد يكون من اربعة عيوب ... واختلف اصحاب مالك في العلة التي من اجلها قصر الرد على هذه العيوب .

وقد نقل ابن حزم عن مالك انه قال : لا رد الا من العيوب الاربعة[2]

الحنابلة :

جاء في الفروع[3] : ولا فسخ لاحد بغير هذه العيوب المذكورة .

الزيدية

جاء في المنتزع المختار[4] : والجمهور ان عيوب النكاح منحصرة .

وجاء في المجموع[5] : يرد النكاح من اربع : من الجذام والجنون والبرص والعنه .

الجعفرية :

جاء في اللمعة الدمشقية[6] : العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنه والجذام .

الاباضية :

جاء في شرح النيل[7] : ولا رد بغير تلك العيوب .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٢

(٢) المحلى ١٠/١١٢ .

(٣) الفروع ٣/٧٣ .

(٤) المنتزع المختار ٢/٢٩٥ .

(٥) المجموع الفقهي ٤/٧٧ .

(٦) اللمعة الدمشقيه ٢/١٢٤ .

(٧) شرح النيل ٣/٢٤٤ .

٢) تعليل الفقهاء التفريق للعيوب :

الشافعية :

يقول الشافعي في تعليل الرد بالجذام والبرص لان كلا منهما يعدي الزوج ويعدي الولد .

ويقول كما نقل صاحب مغني المحتاج[١] : « ان الجذام والبرص مما يزعم اهل العلم والطب والتجارب انه يعدي كثيراً وهو مانع للجماع لا تكاد نفس احد تطيب ان يجامع من هو به ، والولد قل ما يسلم منه فان سلم ادرك نسله » .

فهذا النص يفيدنا : — ١) ان كل مرض قال عنه الاطباء انه يسري الى غير المريض بالعدوى يجوز به التفريق .

٢) وكل ما يمنع الجماع فهو كذلك .

٣) اذا كان المرض منفراً لاحد الزوجين فللآخر طلب الفسخ .

المالكية :

قال ابن رشد في بداية المجتهد[٢] :

واختلف اصحاب مالك في العلة التي من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل .

وقيل لان ذلك مما يخفى ويحمل سائر العيوب على انها مما لا تخفى .

وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء . وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج .

ومن هذا النص نرى ١) انه يمكن ان نعتبر كل مرض من الامراض

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٣ ونقل مثل ذلك المزني في مختصره ٤/٥ .
(٢) بداية المجتهد ٢/٣١ .

الساوية التي تنتقل الى الغير بواسطة العدوى سبباً مبرراً للتفريق بين الزوجين على التعليل الثالث .

٢) وعلى التعليل الثاني ايضاً يمكن ان نعتبر سائر العيوب المنفره والساوية في الزوجة سبباً للتفريق بين الزوجين اذا كان الزوج السليم لايعرف بها. وسوف نرى ان من جملة شروط الفسخ بالعيوب الا يكون السليم على علم بها فلا مجال اذن لجعله علة .

وقال الخرشي :[١] ان تلك العيوب مما تعافها النفوس ، وتنقص الاستمتاع ، او لانها تسري الى الولد ، او لان الجذام او الجنون شديد لايستطاع الصبر عليه .
ويقول المواق : [٢] قال التميمي في الجذام : ترد المرأة به وان كان قليلاً لانه يخشى حدوثه بالاخر وقل ما سلم الولد وان سلم كان في نسله .

هذا فضلاً عما جاء في مؤلفات المالكية من تعداد للعيوب بشكل واسع حتى عد الخرشي بخر الفم أو الأنف عيباً يرد به النكاح[٣] .

الحنابلة :

وجاء في المغني[٤]: اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نظرة في النفس ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته . .

ومن هذا النص يمكن ان نستخلص ايضا النتائج التالية :

١) كل عيب منع المقصود من الاستمتاع. اي كل عيب جنسي .

---

(١) شرح الخرشي ٣/٧٥ .
(٢) شرح المواق على خليل ٣/٤٨٤ .
(٣) شرح الخرشي المصدر السابق .
(٤) المغني ٧/٥٧٩ .

٢) كل عيب سبب نفرة في النفس وخشي تعديه الى النسل اي العيوب المعدية السارية .

٣) كل ماخشي منه الضرر كالجنون .

ثم نحن اذا رجعنا الى كتب الحنابلة نرى انهم توسعوا في تعداد العيوب حتى تكاد نقول انهم لم يتركوا عيباً عرفوه في زمانهم الا وذكروه .

قال في الانصاف[١] : واختلف اصحابنا في البخر واستطلاق البول والقروح السياله في الفرج والناسور والباسور والخصى والسل (رض الخصيتين) وفي كونه خنثي ... هل يثبت الخيار ؟ على وجهين .

الزيدية :

وكذلك فان الزيدية على الرغم من ان جمهورهم ذهب الى ان العيوب منحصرة فان كتبهم اضطربت في تعداد هذه العيوب مما تستطيع القول انها غير منحصرة .

جاء في البحر الزخار . بعد ان ذكر العيوب وانها منحصرة ـ قال الشارح : وكذا لها ان تمنع نفسها اذا كان قد ظهر بالزوج داء الزهري[٢] .

ونقل في الروض النضير عن علي عليه السلام : ان رجلاً تزوج امرأة فوجدته عذيوطاً فكرهته ففرق بينهما[٣] .

وقال في المنتزع المختار نقلاً عن الانتقاء : المختار انه يرد (النكاح) بالجنون لما فيه من الوحشة والتنفير[٤] .

---

(١) الإنصاف ٩/١٩٥ .

(٢) البحر الزخار ٣/٦٠ .

(٣) الروض النضير ٤/٨٠ .

(٤) المنتزع المختار ٢/٢٩٥ .

الجعفرية :

واما الجعفرية فقد اختلف النقل في كتبهم في تعداد العيوب المجيزة للفسخ اختلافاً يدعونا ان نقول كما قلنا سابقاً بأنه لاحصر عندهم للعيوب . ففضلاً عن تعليلهم للفسخ بالعيوب انها من الامراض المؤذية المنفرة .

فقد جاء في قواعد الاحكام للحلى[1]

قال ابن البراج في التهذيب : ان البرص والجذام مشترك بين الرجل والمرأة :

١ – لعموم قول الصادق انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون

٢ – ولانه يؤدي الى الضرر اذ هو من الامراض المؤذية .

٣ – ولانتفاء شهوة الجماع معه .

٤ – ولانه عيب في المرأة ففي الرجل أولى اذ الرجل له سبيل الى التخلص بالطلاق دون المرأة .

ويقول صاحب اللمعة الدمشقية : ان العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنه والجذام[2] .

ثم يقول الشارح : واعلم ان القائل بكونه عيباً (الجذام) في الرجل الحق به البرص لوجوده معه في النص الصريح .

وشاركه له في الضرر والاضرار والعدوى فكان ينبغي ذكره معه .

وفي التهذيب[3] عن ابي جعفر قال : ترد البرصاء والعمياء والعرجاء .

وزاد في من لايحضره الفقيه[4] : والجذماء .

---

(١) قواعد الاحكام للحلي ٢/٣٣ .

(٢) الروضة البهية ٢/١٢٤ .

(٣) التهذيب ٢/٢٣٢

(٤) من لايحضره الفقيه ص ٣٢٣

وقال الكليني[1] : وعن أبي عبد الله ترد البرصاء والمجنونة والمجذومة .

وجاء في المختصر النافع : ان عيوب الرجل اربعة وعيوب المرأة سبعة[2].

وقال : عيوب الرجل : الجنون والخصاء والعنة والجب .

وعيوب المرأة الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد.

* * *

---

(١) الكليني ٣/٢٩.

(٢) المختصر النافع ص ٢١٠

هل يعتبر عقم احد الزوجين سبباً لطلب التفريق بينهما ؟

قلنا ان العيوب التي تجيز طلب التفريق بين الزوجين اما ان تكون جنسية او منفرة او مخوفة ، فهل العقم من هذه الانواع ؟..

يبدو ان العقم الذي هو عبارة عن العجز عن الانسال مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين يختلف عن تلك الانواع ؟.. (١)

ولكن إذا لاحظنا ان غاية الزواج وهدف الزوجين هو اسمى من ان يكون متعة جنسية لاثمرة لها ، بل ان في جعل الزواج في هذه المنزلة نزولا به عما وضعه الله فيه، وحيث رفعه ، فالزواج في الاسلام وسائر الشرائع عقد مقدس باركته السماء ليكون نواة لأسرة طيبة ، فاذا تعذر تحقيق ذلك كما لو كان احد الزوجين عقيما فأن امل كل منهما قد تلاشى حيث كان يرغب في ان يرى له بنين هم زينة الحياة الدنيا .

اذا لاحظنا ذلك وجدنا ان العقم لايقل أهمية عن سائر العيوب ان لم يكن من اعظمها شأناً .

إن من الظلم الذي لايرضاه الاسلام ان تعيش الفتاة صباها دون ان ترى بين ذراعيها طفلاً تداعبه وتلاعبه اسوة ببقية النساء ، وليس فى تحقيق رغبتها في التفريق ضرراً على الزوج ، اذ كثيراً مايحدث ان يتفرق الزوجان فيتزوج كل منهما غير صاحبه فيكون التوالد والانسال حتى من الطرف العقيم ، أفلا يعد التفريق في هذه الحالة مصلحة مؤكدة للزوجين والاسرتين والمجتمع؟.

---

(١) يمكن ان نعتبر العقيم بعكس العنين فالاول يتوافر فيه المتعة الجنسية كاملة دون انسال بينما العنين قد يكون قادراً على الانسال دون الجماع .

وبالرغم من احداً لم يتعرض لهذا الموضوع - في حدود ما اطلعت عليه - فاني ارى ان عقم احد الزوجين سبب مبرر للتفريق ودليلي في هذا :

١ - ماروواه ابن سيرين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر رضي الله عنه : اعلمتها أنك عقيم ؟.. قال : لا ... قال : انطلق فأعلمها ثم خيرها .

ووجه الاستدلال ان عمر ابن الخطاب اعتبر السكوت عن العقم تدليساً لايصح اخفاؤه ، ولهذا امره ان يذهب لزوجته ويخبرها بأنه عقيم ويخيرها فان شاءت البقاء وان رغبت بالفراق فليفارقها (١) .

٢ - وقد نقل الغزالي في الاحياء في آداب النكاح آثاراً واحاديث تحث على تفضيل من تلد من النساء على غيرها وذلك لانجاب الاولاد .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان ينكح كثيراً ويقول إنما انكح للولد .

وقال عليه السلام : خير نسائكم الولود الودود .

وقال ايضا : سوداء ولود خير من حسناء لاتلد (٢) .

وهذه كلها وان كانت من قبل التفضيل ولكنها تعطينا فكرة عن أهمية التوالد بين الزوجين .

ولافرق في رأيي بعد عقم الزوجة وعقم الزوج وان خصت هذه الأثار الزوجة إلا أنها ليست على سبيل الحصر فكما ان رغبة الزوج ان يكون لزواجه ثمرة وهي البنين فكذلك الزوجة . ولكن خصت الزوجة بالذكر لأنها هي في الغالب العامل الفعال الاكثر في الانسال .

بل ان عقم الزوج اشد اثراً من عقم الزوجة ، اذ الزوج يستطيع ان

---

(١) زاد المعاد ٤/١٤

(٢) الاحياء للغزالي ٢/٢١

يتزوج امرأة ثانية دون ان يطلق فتلد له البنين ، اما الزوجة فلا تستطيع ذلك إلا بالطلاق .

٣ - ان الفقهاء الذين لم يحصروا العيوب وقد وجدنا - بعد التحقيق - ان اكثرهم لايحصر العيوب بعدد معين ، قد ذكروا من العيوب التي تجيز الفسخ بما هو اقل بكثير من عيب العقم في احد الزوجين فالفسخ للعقم اولى من تلك العيوب .

٤ - وفضلاً عن هذا كله فاني ارى ان الزوجة التي تحققت او يئست من عقم زوجها وهي بحاجة الى الاولاد ككل انسان ليس من العدالة ان نحرمها حقاً منحته اياها السماء ونحكم عليها بالشقاء والحرمان من عاطفة الامومة مدى الحياة بدون ذنب او جناية اللهم الا ان حظها التعيس ساقها في يوم من الايام الى هذا الرجل المسكين .

ان المصلحة، والضرورة، وتحقيق هدف الزواج، كل هذه امور تستدعي اعتبار العقم سببا للتفريق بين الزوجين ، ومن الطبيعي انه لامجال للتفرقة بين عقم الزوج وعقم الزوجة ، خاصة وقد سوينا بينهما في سائر العيوب .

على انه حرصا منا على بقاء الحياة الزوجية وانقاذ مايمكن انقاذه فاني ارى ان التفريق لاجل العقم يجب ان يراعي فيه القاضي او المشرع الاعتبارات التالية :

١ - وجود اولاد لطالب التفريق كما لو كان متزوجا قبل ذلك وله اولاد او طرأ العقم بعد انجاب عدد من البنين ، او عدم وجود اولاد البتة .

٢ - التحقيق من عقم المدعى عليه . والا فيكفي مضي خمس سنوات في رأينا على الزواج بدون انجاب لاعتباره غير قابل للانسال .

٣ - مراعاة سن كل من الزوجين وقابليته للانجاب فيما لو تفرقا .

٤ - وان لايكون طالب التفريق عقيما بشكل محقق [1] .

---

(١) يعرف اليوم بالخبرة الطبية العقم المحقق او المشكوك فيه . راجع : دائرة المعارف التناسلية للدكتور كامل برادة ص ١٤٧

الفرع الثالث

شروط الخيار لدى المذاهب التي اجازت التفريق للعيوب

شروط الخيار لدى الشافعية :

لافرق بالعيب قبل الدخول او بعده :

لم يفرق الشافعية في العيب الموجب للخيـار ان وجد باحد الزوجين قبل الدخول او بعد الدخول ولا فرق ان كان بالزوج ام بالزوجة فلكل منهما حق طلب التفريق وان توفرت شروط ذلك .

قال في مغنى المحتاج[١] :

اذا حدث بعد العقد عيب تخيرت قبل الدخول جزما وبعد الدخول على الاصح لحصول الضرر به .

وقال[٢] : واذا حدث بها عيب قبل الدخول وبعده تخير كما لوحدث به .

وجاء في المهذب[٣] :

وان حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار فان كان بالزوج ثبت لها الخيار لان ماثبت به الخيار اذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالاعسار بالمهر والنفقة .

وان كان بالزوجة ففيه قولان : أحدهما يثبت من له الخيار وهو قوله في

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٠٣ .

(٢) المصدر السابق ٣/٢٠٣ .

(٣) المهذب ٢/٥١.

الجديد وهو الصحيح لان ماثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعده كالعيب في الزوج .

والثاني : وهو قوله في القديم « أنه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها » .

وقال في الأم [1]: وان علمت قبل أن تنكحه أنه عنين ثم رضيت نكاحه أو علمت بعد نكاحه ثم رضيت المقام معه فلا يقطع خيارها .

جاء في تحفة المحتاج [2] :

يسقط الخيار إذا علم بالعيب ثم وطىء . أما العنه فلا يسقط الخيار بالعلم لأنها قد تحصل في امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح .

. . .

هل هذا الحق على التراخي أم على الفور :

واشترط الشافعية لمن له حق الخيار أن يطلب التفريق فور علمه به فإذا تراخى في طلبه سقط حقه واعتبر هذا رضا منه بعيب صاحبه . فإذا مضى وقت كان يستطيع فيه أن يطلب التفريق ولم يفعل سقط خياره .

قال في الوجيز [3] : وهذا الخيار على الفور .

وقال في المهذب [4]: والخيار في هذه على الفور لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب في البيع .

ما استثنوه من الفورية في طلب التفريق :

بما أن الشافعية لم يعتبروا علم المرأة بعنة زوجها موجباً لسقوط حقها في

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٣٠١ .

(٣) الوجيز ٢/١٨

(٤) المهذب ٢/٥٢ .

طلب التفريق للعنة وذلك لأن العنة قد تختلف من وقت لآخر ومن زوجة لزوجة فقد يكون الزوج عنيناً مع زوجة وغير عنين مع زوجة أخرى، ولهذا لم يعتبروا علم المرأة مسقطاً لحقها وكذلك هنا لم يوجبوا الفورية لها في طلب التفريق فقالوا يؤجل سنة بناء على طلب القاضي .

قال في مغنى المحتاج : [1] والفسخ بالعيوب على الفور إلا في العنه فإنه يمهل سنة ولو ادعى جهل الفور يقبل عذره . و أدعى أنه علم بالعيب وجهل الخيار قبل قوله بيمينه .

هل للمريض أن يطلب التفريق :

قال الشافعية لا يجوز للمريض أن يطلب التفريق انما الحق للسليم منهما .

فقد جاء في تحفة المحتاج : لا خيار إلا للسليم [2] أما لو كانا مريضين سواء بمرض واحد أم اختلف المرض فلكل منهما حق الفسخ .

بطلان الفسخ :

إذا فسخ أحد الزوجين بموجب حق الخيار ثم تبين له أن صاحبه لاعيب فيه قالوا يبطل الفسخ .

فقد جاء في مغنى المحتاج [3] : ومن ثبت له الخيار في الفسخ ففسخ بعيب ظنه ثم تبين أنه ليس بعيب بطل الفسخ .

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٠٤.

(٢) تحفة المحتاج ٧/٣٤٦.

(٣) مغني المحتاج المصدر السابق .

شروط الخيار في العيب لدى الحنابلة

هل يشترط ان يكون العيب قبل الدخول :

في المذهب الحنبلي قولان : في حق الفسخ بالعيب بعد الدخول .
قال بعضهم أن وجد العيب بعد الدخول فلا خيار له .
وقال أخرون ان حق الخيار ثابت لأي من الزوجين اذا وجد بزوجة عيباً سواء أكان قبل الدخول أو بعد ذلك.

جاء في المحرر [١] : وان حدث به بعد العقد ، قال القاضي : له الخيار .
وقال ابو بكر وابن حامد : لا خيار له .

هل هذا الحق يثبت فور العلم به أم أنه على التراخي :

يثبت حق الخيار بالتراخي ما لم يدل على الرضا ممن له حق الفسخ فإذا رضي بعيب صاحبه سقط حقه وقيل أنه على الفور .

قال في المغنى [٢] : خيار العيب ثابت على التراخي . وقال القاضي أنه على الفور [٣] .

وجاء في الانصاف [٤] : وان علم بالعيب وقت العقد أو قال رضيت به معيباً او وجد منه دلالة على الرضا من وطء او تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له بلا خلاف في العلم بالعيب او الرضا به . اما التمكين ففيه خلاف .
واستثنى الحنابلة العنة من ذلك فقالوا لا يسقط حق الزوجة بالفسخ لعنة

---

(١) المحرر ٢/٢٥
(٢) المغني ٧/٥٨٤.
(٣) ويترتب على القولين : انه على القول الاول فالخيار لايسقط مالم يوجد منه مايدل على الرضا به من قول او استمتاع من الزوج او التمكين من المرأة . وعلى القول الثاني : فالخيار يسقط اذا علم به واخر الفسخ .
(٤) الانصاف ٨/١٩٩.

زوجها ولو علمت بذلك ما لم تصرح بالرضا فيسقط خيارها .

جاء في الفروع [1] : ولا يسقط في عنة بلا قول ويسقط به .

وعلل صاحب المغنى ذلك بقوله [2] : لأنها رضيت بالعيب ودخلت في في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار ، أي أن الزوجة لايسقط حقها في الفسخ لعنة زوجها إلا إذا قالت صراحة أني لا أقبل به أو رضيت بعنته . فلو سكتت لايعتبر سكوتها رضا فإذا تكلمت دل على رضاها ومتى رضيت سقط حقها بالخيار .

اذا رضي احد الزوجين بعيب صاحبه أو ظهر غيره من العيوب فهل له الخيار :

قال في المغنى [3] : اذا زاد العيب عما رضي به فلا خيار اما ان رضي بعيب فظهر غيره فله الخيار . وان ظهر العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظهر ان البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له ايضاً لانه من جنس مارضي به . وان رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لانه وجد به عيباً لم يرض به ولا بجنسه فثبت له الخيار .

هل يشترط بقاء العيب حتى طلب التفريق :

اشترط الحنابلة قيام العيب حتى يوم طلب التفريق فاذا ما زال قبل ذلك فلا موجب للتفريق .

جاء في الاقناع [4] : ومتى زال العيب فلا فسخ .

بطلان الفسخ : — وقال في الاقناع [5] : ولو فسخت بعيب فبان انلاعيب بطل الفسخ .

---

(١) الفروع ٣/٧٦ .
(٢) المغني ٧/٦٠٧ .
(٣) المصدر السابق ٧/٥٨٤ .
(٤) كشاف القناع ٥/٨٧ .
(٥) المصدر السابق ٥/٧٨ .

شروط الخيار في العيوب عند الجعفرية

قال الجعفرية يشترط ان يكون العيب قبل العقد ما عدا جنون الرجـل وقد فرقوا في العيوب حسب نوعها . وما اذا كانت في الرجل او في المرأة .

عيوب الرجل [1] : —

١) اذا كان الرجل مجنونا اواصيب بالجنون سواء أكان قبل العقد اوبعده وسواء دخل بزوجته او لم يدخل، فللزوجة حق الخيار وطلب الفسخ .

٢) اما عيب العنه في الرجل فللمرأة طلب الفسخ سواء كان حين العقد ام بعد العقد مالم يكن دخل بها فان دخل بها سقط حقها.

قال في الروضة البهية [2] فلو وطأها في ذلك النكاح ولو مرة واحـدة او وطء غيرها فليس بعنين .

وأما بقية العيوب فثلاثة اقوال :

فان اصيب بهـا الرجل حين العقـد او كانا مصاباً بها قبل العقد ولم تعلم بها الزوجة فلها حق طلب الفسخ ، اما اذا وجدت بعد العق . فلاخيار للزوج لان العقد تم لازماً ولا دليل على فسخه .

وقيل يفسخ بها مطلقاً سواء وجدت قبل العقد او بعده حتى ولو دخل بها لانها عيوب تشارك العيوب الموجودة حين العقد في الضرر ولا موجب للتفرقة بينهما .

وفصل آخرون فقالوا يفسخ ولو حدثت هذه العيوب بعد العقد على أن لايكون قد دخل بها اما لو دخل فلا خيار لها .

---

(١) الروضة البهية ٢/١٢٥ .

(٢) المصدر السابق ٢/١٢٦ .

عيوب المرأة [1] :

للزوج حق الخيار إذا وجد إمرأته معيبة بأحدى العيوب المنصوص عنها سواء أكانت حين العقد او قبل العقد ولم يطلع عليها او لم يرض بها . اما العيب الطارىء في الزوجة بعد العقد ففيه ثلاثة أقوال :

١) لاخيار للزوج بالعيوب الطارئة بعد العقد على المشهور تمسكا بإصالة اللزوم واستصحاباً لحكم العقد .

٢) وقيل يفسخ بالعيب الطارىء مطلقا لعمومية النصوص التي جاءت بالفسخ .

٣) وقال بعضهم : يفسخ الزوج بعيب في امرأته ولو حدث بعد العقد إذا كان لم يدخل بها وذلك لما روى عن ابي عبد الله :

« يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والقرن ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا . [2] » .

ما يسقط الخيار :

إذا علم أحدالزوجين بعيب صاحبه ورضى به سقط حقه في الخيار ، والرضا قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنيا ، كالوجامع الزوج زوجته مثلاو مكنته من نفسها فلا خيار لأحدهما .

جاء في الاستبصار [3] : إن كان علم بذلك قبل ان ينكحها ثم جامعها فقد رضي بها .

---

(١) الروضة البهيه ٢/١٢٦

(٢) التهذيب ٢/٢٣٣ الكافي ٣/٣٠ من لايحضره لفقيه ص ٣١٢

(٣) الاستبصار ٣/٢٤٩

ويشترط الفسخ فور العلم به :

اذا علم السليم بعيب الآخر فله ان يطلب الفسخ فور علمه به فاذا تراخى في طلبه اعتبر سكوته رضاء وسقط حقه في الفسخ الا اذا كان العيب مختلفاً فيه فيحتاج الى حكم القاضي بالتفريق .

قال في جواهر الكلام[1] : وخيار الفسخ على الفور بلا خلاف اجده فيه ... فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر احدهما بالفسخ لزم العقد .

وقال : إن العيب إن كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما وإن توقف ثبوته على المرافعة الى الحاكم فالفورية في المرافعة الى الحاكم) فاذا ثبت اختار الفسخ فوراً .

لو رضي بعيب ثم اتسع :

لو رضي أحد الزوجين بعيب في صاحبه وكان يسيراً ثم اتسع هذا المرض ففي المذهب قولان: قيل لا خيار له لأنه رضي بأصل العيب والرضا يسقط حق الخيار. وقيل لا يسقط حقه وله الفسخ . فله الخيار .

جاء في جواهر الكلام[2] : ولو رضي ببرص مثلا ثم اتسع بعده في ذلك العضو ففي الخيار وعدمه وجهان : أقواهما العدم لأن الرضا بالشيء رضى بما يتولد منه ولأنه عيب واحد وقد حصل الرضا به .

وجاء في قواعد الاحكام[3]: ولو رضي ببرص سابق ثم اتسع في ذلك العضو فالأقرب ثبوت الخيار : ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعا .

---

(١) جواهر الكلام ١٧٦/٥

(٢) جواهر الكلام المصدر السابق .

(٣) قواعد الاحكام ٣٥/٢

وإذا أمكن علاج المرض فلا خيار :

جاء في الروضة البهية[1]: «وإذا أمكن علاج المرض التناسلي في المرأة فلا خيار إلا اذا امتنعت المرأة عن المداواة[2]».

لو تبين العيب بعد الطلاق :

قال في قواعد الاحكام[3]: «ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق».

أي لا بطلان للفسخ بعد تمامه فلو طلقها قبل الدخول ودفع لها نصف المهر فلا حق له بالرجوع بما دفعه إذا تبين له أن زوجته المطلقة معيبة .

* * *

---

(١) الروضة البهية .

(٢) قواعد الاحكام ٢/٣٤

(٣) يقول الشيخ جواد مغنية من ائمة الجعفرية المعاصرين : ان اي مرض من الامراض المختصة او المشتركة بين الرجل والمرأة اذا امكن استئصاله وعولج ولم يترك العلاج إثراً مشوهاً ومعيباً فان وجوده يكون كعدمه ولا يوجب اي شيء لانه والحال هذه يكون كسائر الامراض العارضة التي لا يخلو واحد منها في الغالب .

شروط الخيار عند المالكية في العيوب والامراض:

المالكية تفصيل في شروط التفريق للعيوب لم أتعرض اليه ولكني سأشير الى مراجعه لمن أراد التوسع فيه وحسبي أن اقول أهم ما يجب معرفته في هذا الموضوع .

فرق المالكية في العيوب الحادثة بأحد الزوجين حين العقد عن الطارئة بعد العقد فقالوا : يحق لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب في صاحبه وجده به قبل العقد او اثناء العقد . اما العيب الطارىء بعد العقد فإن كان بالزوجة فليس للزوج حق الخيار بل مصيبة نزلت به فان شاء أمسك زوجه ،وإن شاء طلق ،والطلاق بيده ويستعمله متى شاء . أما اذا طرأ العيب بعد العقد في الزوج فللزوجة حق التفريق مع تفصيلات تختلف حسب نوع العيب المبتلى به الزوج .

الجذام والبرص :

قال الدسوقي [١] : إن العيوب المشتركة ،ان كانت قبل العقد كان لكل من الزوجين رد صاحبه به ،وإن وجدت بعد العقد كان للزوجة ان ترد به الزوج دون الزوج ، فليس له أن يرد الزوجة ،لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إن تضرر لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة فلذا ثبت لها الخيار .

الجنون :

اذا حدث بأحد الزوجين قبل العقد فيثبت الخيار لكل منهما سواء كان قبل الدخول او بعده .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/ ٣٢٥ يقصدهنا بالعيوب المشتركة :الجذام والبرص وقد فصل احكامها وشروط الفسخ بها وذلك ان يكون الجذام محققاً في الرجل فيحق لها الرد سواء كان قبل العقد او بعده أما الرجل فلا يحق له الرد به الا اذا كان قبل العقد والبرص كذلك ولا رد به الا أن يكون كثيراً فترد به المرأة دون الرجل لانه يملك الطلاق .

أما اذا حدث الجنون بعد العقد ففيه اربعة أقوال لدى المالكية[1]:

١) قول ابن القاسم وهو المعتمد: اذا حدث الجنون بعد العقد في الزوج فللزوجة حق الفسخ. أما اذا حدث للزوجة فلا يملك الزوج الفسخ لأنه يملك الطلاق.

٢) قول ابي الحسن ونسبه الى المدونه: يحق لكل من الزوجين طلب الفسخ اذا ما طرأ الجنون باحدهما سواء كان قبل الدخول او بعده.

٣) المتيطي: إن حدث قبل البناء فلهما الرد وإن حدث بعد البناء فلا رد لهما.

٤) اشهب: الجنون الطارىء على أحد الزوجين بعد الدخول لا يفسخ به مطلقاً.

والرأي الاول وإن كان هو المعتمد في المذاهب ولكننا نرى أن الرأي الثاني هو الأوفق للمصلحة لأنه لا داعي للتفرقة بين جنون كل منهما طالما أن الضرر محقق به، ولاختلاف آثار الطلاق عن آثار الفسخ.

العيوب الجنسية:

قال المواق[2]: وقال في العيوب الجنسية الموجودة في احد الزوجين أثناء العقد..

وإن علمت في حين تزويجه انه مجبوب أو خصي او عنين، لا يأتي النساء رأساً او أخبرها بذلك فلا كلام لها، وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت فتركته او أمكنته من نفسها، فلا كلام لامرأة الخصي والمجبوب أما العنين فلها أن ترافعه وتؤجل سنه لأنها تقول تركته لرجاء علاج او غيره والا ان تتزوجه وهي تعلم به.

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٣٢٧

(٢) شرح التاج والاكليل بها من مواهب الجليل

اما العيوب المختصة بالمرأة فهي داء الفرج المانع من وطئها يوجب للزوج الخيار إن شاء أقام واستمتع وان شاء طلق ولا شيء عليه .

وقال الحطاب (١) : لا يسقط خيارها في الجب والخصاء الا بعد الدخول.

وقال في البهجة (٢) : واما الاعتراض (٣) : سبق الاصابة ولو ترد فلا خيار لها وذلك مصيبة بها .

هل للمريض طلب التفريق :

ان حق الخيار شرع في الاصل للسليم من الزوجين غير انه قد يكون كل من الزوجين مريضاً فهل يحق للمريض هذا ان يطلب التفريق من صاحبه ؟..
قالوا : اذا اختلف العيبان فلأحدهما الخيار . اما اذا كان الزوجان مريضين بمرض واحد فللزوجة حق التفريق دون الزوج .

جاء في البهجة (٤) : وقال اللخمي : ان كلا من الزوجين اذا اطلع على عيب لصاحبه مخالف لعيبه كجنونه وبرصها مثلا، والعكس فلكل منهما الخيار ، وان كان موافقا كبرصهما معا او جنونهما معا كان له الخيار دونها ،لانه بذل صداقا لسالمه فوجد مايكون صداقها دون ذلك (٥) .

---

(١) مواهب الجليل ٣/٤٨٦

(٢) البهجة شرح التحفة للتسولي ١/٣١٤

(٣) المصدر السابق ١/٣١٢

(٤) المصدر السابق ١/٣١٢

(٥) قال الدردير ٢/٣٢٣ : « الخيار ثابت للسليم أوان وجد في صاحبه عيباً ولو كان هو معيباً ايضاً فله القيام بحقه من الخيار . » والعبارة تحتاج الى تحرير لانها لم تفرق بين الرجل والمرأة ولا بين نوع العيب المشترك بين الزوجين وهل هو واحد أم كل منهما مبتلى بعيب يخالف عن عيب الآخر .

وكذلك ما جاء في حاشية العدوى ٢/٧٤ : ولو كان البرص والجذام بكل منهما فانه يثبت لكل واحد الخيار في صاحبه لانه يزيد مابكل واحد بسبب الاجتماع.

مايسقط حق الخيار :

ان مايسقط حق طلب التفريق بين الزوجين هو الرضا بعيب الاخر ماعدا مرض العنه فان مجرد العلم به لايسقط حق الزوجة بالخيار .

والرضا بالعيب له دلالتان :

دلالة صريحة وهو ان يقول رضيت بعيب زوجي مثلا ، او دلالة ضمنية كما لو اتصل الزوجان جنسياً او تلذذاحدهما بالاخر وعاشره معاشرة الازواج .

قال الخرشي [1] : ان العيب الذي يوجب الخيار لاحد الزوجين على صاحبه يشترط فيه .

١) ان يكون موجودا عند العقد او قبله فالطارىء بعده لايوجب خيارا الا ما استثنى .

٢) وان لايكون احد الزوجين عنده علم بعيب المعيب قبل العقد والا فلا خيار .

٣) أو يكون عنده علم به ولكن لم يرض به أو يكون عنده علم به ولكن لم يتلذذ من زوجه بشيء من مقدمات الجماع .

٤ – فان علم السليم بعيب المعيب ورضى به بالفعل او بالقول او تلذذ بعد علمه فلا خيار للسليم .

تداوي المريض :

قال الدسوقي [2] : والرتقاء اذا طلبت التداوي فانها تؤجل لذلك وليس للزوج منعها وعليه ان يصبرعلى علاجها والاجل هنا متروك للطب وأهل الخبرة.

---

(١) شرح الخرشي ٣/٧٣

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٣٣٢

هل المريض حق الفسخ :

قال الحطاب [1] : « يثبت الخيار لكل من الزوجين ولو كان معيباً بنفس العيب او غيره . »

وقيل: « لو كانا بمرضين مختلفين فلكل منهما الخيار واما ان كانا بمرض واحد ففيه الخلاف والاصح ان لهما الخيار . »

. . .

(١) مواهب الجليل ٣/٤٨٣

شروط الخيار لدى الاباضية

وقال الاباضيـة اذا وجد احد الزوجين بالاخر عيباً يوجب الرد فله حق الفسخ اذا كان العيب في المريض قبـل العقد او وجد بعد العقد . اما العيب الطارىء بعد الدخول ففي الفسخ به قولان .

ويسقط الخيار اذا علم السليم بعيب صاحبه ورضى به . ولو رضى بعيب ثم ازداد هـذا العيب فلا خيار له . اما اذا تغير العيب كما لو اصيب المريض بمرض آخر فللسليم حق طلب التفريق .

واذا كان الزوجان مريضين سواء أكان المرض واحدا ام كان كل منهما مريضاً بمرض يختلف عن الاخر فلكل من الزوجين في هذه الحالة الحق في طلب الفسخ .

ويستمر حق السليم بالخيار ولو شفي صاحبه من مرضه بل ، انهم قالوا لو كان العيب قبل العقد وزال المرض ثم تزوجا وعلم الاخر بأن زوجه كان مريضاً قبل العقد فله حق الفسخ وعللوا ذلك بأن المرض وخاصة اذا كان من الامراض السارية كالجذام او البرص او الجنون فانه سرعان ما يعود الى المريض ولهذا اعطوا الطرف الاخر حق الفسخ .

وقالوا : اذا طلقها ودفع لها مهرها ثم تبين له انها معيبة بعيب يجيز له الفسخ به فلا رجوع بالمهر .

جاء في شرح النيل [1] : وفي صحة الرد بالعيب بعد المس دون العلم قولان ، ومن رضي عيباً ثم علم بآخر بعده فله الرد به .

---

(١) شرح النيل ٣ / ٢٤٤-٣٤٧

ومن رد معيبا بعيب ثم تزوجه فلا يرده بعد به . ولو ازداد ذلك العيب كازدياد الجنون والبرص .

ويرد انسان معيب بعيبه وان بعد برئه او تقادم عهده . ولو كان العيب قبل العقد وزال ايضا ... وكذلك البرص والعنه والجذام و .... عيوب يكون الرد بها في الرجل والمرأة ولو زالت بالكلية قبل عقد النكاح .

وان تناكحا وبكل منهما عيب يرد به فلكل رد صاحبه سواء اتفق عيبهما كبرص في كل واحد او اختلف كبرص في احدهما وجنون في آخر .

واذا طلقت معيبه قبل المس فاخذت نصف الفرض فاذا بها معيبه لم يلزمها الرد لانه حين طلق لم يكن يعلم اذ علم به بعدما طلق » .

• • •

شروط الخيار لدى الزيدية

قال الزيدية يثبت الفسخ بالعيوب اذا كان ذلك قبل الدخول سواء نشأ قبـل العقد او بعده فلكل من الزوجين ان يطالب بفسخ النكاح بأي عيب وجده بصاحبه يجيز له الفسخ مادام قبل الدخول . اما بعد الدخول فلا خيار الا في عيوب ثلاثة : الجنون والجذام والبرص [1] .

مايسقط الخيار : ويسقط هذا الخيار بتمام الرضا والرضا كما جاء في التاج المذهب [2] يكون بحالات ثلاث :

١) ان يعقد او يجيز وهو عالم بعيبها ، وكذا اذا اذنت او اجازت وهي عالمة بعيبه .

٢) ان لا يقع علم بالعيب قبل العقد كمن حين علم بالعيب قال : رضيت به .

٣) ان يطأها او يخلو بها بعد العلم بعيبها وكذا اذا خلت بالمعيب .

الفورية في طلب التفريق :

ولا يشترط في الفسخ ان يطالب من له الحق به فور علمه به بل يصح على التراخي ما دام لم يقم دليـل على الرضا بـه .

وقيل أن خيار العيب يجب ان يثبت على الفور لانه لا يحتاج الى تأمل ونظر .

---

(١) البحر الزخار ٣/٦٢

(٢) التاج المذهب ٢/٦٣

هل للمريض من الزوجين طلب التفريق ؟

وحق الفسخ هو خاص بالسليم من الزوجين فلا يجوز للمريض ان يطالب بالفسخ الا اذا كان صاحبه مريضاً سواء بمرض واحد ام بمرضين مختلفين ، ففي هذه الحالة بالذات يحق لكل منهما الفسخ .

واذا رضي احد الزوجين بعيب ثم ظهر آخر فله حق الفسخ لان الرضا بعيب معين ليس دليلا على الرضا بجميع العيوب .

جاء في المنتزع المختار[1] : الفسخ خاص بالسليم ولا يحق المعيب طلب الفسخ من السليم ولو رضي السليم .

اذا كانا معيبين ولو بعيبين مختلفين فيجوز لاحدهما طلب الفسخ .

وقال : اذا رضي بعيب ثم ظهر عيب آخر فله حق الفسخ .

• • •

شروط الخيار لدى الاحناف

اما الاحناف فقد اعطوا المرأة فقط حق الفسخ لعيب في زوجها يمنع من الاتصال الجنسي وعددوا من هذه العيوب خمسة كما سبق ان ذكرنا [٢] .

وقالوا : اذا تزوجت المرأة بعنين اوخصى اوكان به اي عيب يمنع من الجماع وهي تعلم ذلك فلا خيار لها بالفسخ لانها اسقطت حقها برضاها به [٣] .

اما اذا تزوجت وهي لا تعلم بعيبه ثم ظهر لها ذلك فلها ان تطلب التفريق من القاضي متى شاءت ولا يعتبر سكوتها رضا منها لان حق الفسخ ليس على الفور بل على التراخي [١] .

كما انهم قالوا اذا وطئها مرة واحدة سقط حقها في الخيار لان حق المرأة بالعقد ان يطأها مرة واحدة .

اما اذا كانت الزوجة معيبة بعيب جنسي يمنع الاتصال بزوجها فلا يحق لها ان تطلب الفسخ لانه لاضرر عليها من زوجها ولو لم يصل اليها [٢] .

وعلى هذا نلخص شروط الخيار عند الاحناف :

١) عدم الرضا فاذا رضيت سقط حقها .

٢) الا تكون الزوجة معيبة جنسيا والافلا حق لها بالتفريق اذلا ضرر .

٣) ألا يكون الزوج قد وصل اليها ولا مرة واحدة .

جاء في البحر الرائق [٣] : ولو وطئها مرة لا حق لها في المطالبة لسقوط حقها بالمرة قضاء وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء .

• • •

---

(١) المنتزع المختار ٢/٢٩٣
(٢) البدائع ٢/٢٣٥
(٣) فتح القدير ٤/٢٦٤

(١) فتح القدير ٣/٢٦٤.
(٢) الفتاوي الهندية ١/٥٢٦ .
(٣) البحر الرائق ٤/١٣٥.

الفرع الرابع

اثار الفرقة بالعيب

هل الفرقة بالعيب بين الزوجين طلاق بائن ام فسخ وهل يشترط ان يكون لدى القاضي ان كان فسخاً او ابى الزوج الطلاق ؟..

قال الاحناف والمالكية : ان الفرقة طلاق بائن .

وقال الجمهور : ان الفرقة فسخ وليس بطلاق .

من قال ان الفرقة طلاق

الاحناف :

قال الاحناف اذا رفعت الزوجة امرها الى القاضي بطلب التفريق وتوفرت شروط ذلك امر القاضي الزوج بالتطليق فان ابى طلق القاضي نيابة عنه .

جاء في الهداية [1] : فأن امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما . ولا بد من طلبها، لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة ، لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه .

المالكية :

وذهب المالكية : الى ان الزوج اذا رفض الطلاق فللقاضي ان يطلق زوجته أو يأمرها بايقاع الطلاق . والفرقة في جميع الحالات طلاق بائن .

قال الدسوقي [2] : يأمره الحاكم بالطلاق والا طلقها القاضي او يأمرها به أي بايقاع الطلاق كطلقت نفسي منك أو مافي معناه . والطلاق بائن .

. . .

(١) الهداية ٣/٢٦٥ . وجاء في الفتاوى الخيرية ١/١٢/٤ الفرقة للعيب في الجب والعنة طلاق بائن .

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٣٣٠ وراجع مواهب الجليل ٣/٤٨٦ .

من قال ان الفرقة فسخ :

الشافعية والحنابلة :

قال الشافعية والحنابلة : ان الفسخ لا يكون الا عند القاضي لان الفرقة بالعيوب امر مجتهد فيه .

جاء في تحفة المحتاج[١] : لا يجوز بدون حاكم لانه امر مجتهد فيه فلو تراضيا بالفسخ بواحد منها من غير حاكم لم ينفذ .

وقال في المهذب :[٢] ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لانه مختلف فيه .

وجاء في المغنى[٣] : الفرقة للعيب فسخ للنكاح ...

وقال ابن قدامه : ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لانه مجتهد فيه .

وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية :[٤] لا يحتاج الى فسخ الحاكم وعلل ذلك بانه ليس كل امر مختلف فيه يحتاج الى حاكم فخيار المعتقة مختلف فيه ويقع بدون حاكم .

---

(١) تحفة المحتاج ٧/٣٥٢ .

(٢) المهذب ٢/٥١ .

(٣) المغني ٧/٦٠٥ و٧/٥٨٤ - وقال في الانصاف وقال الشيخ تقي الدين ان جميع الفسوخ لاتتوقف على حكم حاكم ٨/٢٠١ .

(٤) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

الزيدية :

قال الزيدية ان الفسخ بين الزوجين يصح بدون حاكم الا اذا اختلفا فيرفع الامر الى الحاكم[1] .

جاء في التاج المذهب[2] : والفسخ يكون بالتراضي ان حصل العيب مع اتفاق المذهب انه عيب يرد به النكاح .

اما اذا لم يقع تراض بين الزوجين بالفسخ او اختلف المذهب بالعيب فالحاكم هو الذي يفسخ .

وقيل لا يحتاج الى حكم حاكم .

جاء في المنتزع المختار[3] : وقال الناصر والهادي والقاسم : انه لا يحتاج الى حكم حاكم مطلقاً .

الجعفرية :

وكذلك فان الجعفرية لم يشترطوا حكم الحاكم في الفسخ بل يصح بالتراضي بين الزوجين على فسخ النكاح الا في العنه فيشترط الحاكم اضرب الاجل لا للفسخ[4]

جاء في جواهر الكلام[5] : الفسخ بالعيب ليس بطلاق قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه .

---

(١) وقال في الروض النضير : أن الفرقة بالعيب هي فسخ وهذا مذهب العترة جميعاً ؛ ٤/٧٨

(٢) التاج المذهب ٢/٦٣ .

(٣) المنتزع المختار ٢/٢٩٣ .

(٤) راجع في هذا البحث الاستبصار حيث جاء فيه حديث طويل قال فيه : وترد على اهلها من غير طلاق . ٣/٢٤٧ وراجع ايضاً التهذيب ٢/٢٣٠ والكافي ٢/٢٩ والمختصر النافع ٢١

(٥) جواهر الكلام ١٧٦ .

وقال في اللمعة[1] : ولا يشترط فيه الحاكم .

وقال في قواعد الاحكام[2] : اما في العنه فيفتقر اليه لا في الفسخ بل في ضرب الاجل وتستقل المرأة بعده عليه .

وقال في العروة الوثقى[3] : الفرقة للعيب فسخ .

الاباضية :

وقال الاباضية في شرح النيل[4] والرد بالعيب فرقة لا طلاق .

* * *

---

(١) اللمعة الدمشقية ٢/١٢٦

(٢) قواعد الاحكام ٢/٣٣ .

(٣) العروة الوثقى ٢ ٧٥٢ .

(٤) شرح النيل ٣/٢٤٩ .

المبحث الثاني

التفريق للعيوب والامراض في قوانين البلاد العربية

الفرع الأول

نصوص القوانين

التفريق للعيوب والامراض في قوانين الاحوال الشخصية في البلادالعربية : نصت جميع قوانين البلاد العربية على التفريق بين الزوجين للعيوب والامراض، ولكن معظمها قصرت هذا الحق على الزوجة دون الزوج باعتباره يملك حق الطلاق كما اختلفت بعض القوانين عن بعضها الآخر في تعداد العيوب كما سوف نرى من ذكر موادها التالية :

لبنان :

م ١١٩ : اذا اطلعت المرأة السالمة من عيوب المقاربة ان زوجها مصاب بعلة من تلك العلل فلها ان تراجع الحاكم وتطلب الفراق . اما المرأة المبتلاة باحدى العيوب المذكورة فلا يجاب طلبها وليس للزوجة التي قاربها الزوج حق الخيار بسبب عيب من هذا القبيل .

م ١٢٠ : اذا اطلعت الزوجة قبل النكاح على عيب الزوج ما عدا العنه او رضيت بعد النكاح باي عيب كان يسقط حق خيارها انما لا يسقط الاطلاع على العنة قبل النكاح حق الخيار .

م ١٢١ : اذا راجعت الزوجة الحاكم حسب المواد السابقة ينظر فان كانت العلة غير قابلة للزوال فالحاكم يفرق بينهما بالحال وان كانت قابلة للزوال فالحاكم يمهل الزوجة مدة سنة اعتباراً من زمن الحادثة او من وقت افاقته ان كان مريضاً .

م ١٢٢ اذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج مبتل بعلة لا يمكن الاقامة بها معه سوية للإضرار كالجذام والبرص وعلة الزهري ، او حدثت به اخيراً هكذا علة فلها ان تراجع الحاكم وتطلب التفريق والحاكم يرى ان كان يوجد أمل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة واذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة ايضاً على طلبها يحكم الحاكم بالتفريق .

ووجود احد العيوب في الزوج كالعمى والعرج لا يوجب التفريق .

م ١٢٣ اذا جن الزوج بعد عقد النكاح وراجعت الزوجة وطلبت التفريق فالحاكم يؤجل التفريق سنة ، واذا لم يزل الجنون بظرف هذه المدة وأصرت الزوجة يحكم بالتفريق .

م ١٢٤ خيار الزوجة في الظروف التي لها الخيار ليس من الضروري ان يكون على الفور فلها أن تؤخر الدعوى مدة ولها ان تتركها مدة بعد اقامتها.

م ١٣١ الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن.

الاردن :

لا يختلف القانون الاردني عن القانون اللبناني في مواد التفريق للعيوب والامراض فقد نص في مواده ٨٣ – ٨٨ بما لا يختلف فيه عن المواد السابقة للقانون اللبناني .

تونس :

لا نص للتفريق بسبب العيوب او الامراض في قانون الاحوال الشخصية في تونس رغم ان اكثره من المذهب المالكي باعتبار ان جميع حالات التفريق مردها تقدير القاضي .

المغرب :

الفصل الرابع والخمسون : التطليق للعيب

١) اذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً مستحكماً لايمكن البرء منه اويمكن بعد زمن يزيد على سنة ولايمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل ، فلها ان تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به . ويؤجله القاضي سنة فان برىء وإلا طلقها عليه .

٢) يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لايرجى برؤها .

٣) اذا تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله .

٤) اذا كان بالزوجة عيب كالجنون والجذام والبرص والسل وداء الفرج المانع من الوطء او لذته وعلم الزوج به قبل الدخول فله الخيار . ان شاء طلق ولاشيء عليه وان شاء دخل ولزمه الصداق كاملاً . فان لم يعلم الا بعد الدخول أبقى عليها ان شاء ، وان شاء ردها ، واسترد مازاد على اقل المهر عرفا منها ان كانت هي التي غرته ، وان كان الغار وليها رجع عليه بما دفعه .

٥) يستعان بأهل الخبرة من الاطباء في معرفة العيب .

الفصل الخامس والخمسون : الطلاق الذي يوقعه القاضي لعلة من العلل المذكورة في الفصل السابق طلاق بائن .

العراق :

م ١/٤٤/ اذا وجدت الزوجة زوجها عنيناً او مبتلى بما يمنع البناء بها فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق .

٢) اذا اطلعت الزوجة بعد العقد ان الزوج مبتلى بعلة لايمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهري والجنون او أصيب اخيراً بعلة من هذه العلل فلها ان تراجع المحكمة وتطلب التفريق .

٣) اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة المذكورة في الفقرتين ١و٢ من هذه المادة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة ، وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل .

٤) اذا وجدت المحكمة ان العلة لايؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق .

سوريا :

المادة ١٠٥ ـ للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١) اذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منه .

٢) اذا جن الزوج بعد العقد .

المادة ١٠٦ف١ يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة اذا علمت بها قبل العقد او رضيت بها بعده .

٣) على ان حق التفريق بسبب العنه لايسقط بحال .

المادة ١٠٧ : اذا كانت العلل المذكورة في المادة غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال واذا كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لاتتجاوز السنة فاذا لم تزل العلة يفرق بينهما .

المادة ١٠٨ : التفريق للعلة طلاق بائن .

مصر :

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيباً مستحكماً لايمكن البرء منه او يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولايمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ام حدث بعد العقدولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقدورضيت به صراحة اودلالة بعدعلمها فلايجوزالتفريق.

مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١٦ : يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

• • •

الفرع الثاني

نظرات سريعة في مواد التفريق للعلل والامراض في القوانين العربية

١) لم تجعل اكثر القوانين العربية حق التفريق للعلل والأمراض حقاً مشتركاً بين الزوجين بل منحته للزوجه دون الزوج . وهذا مما انفرد به المذهب الحنفي من المذاهب التي أجازت التفريق للعيوب .

إلا أننا نرى أنه لامبرر للتفرقة بين عيوب الرجل وعيوب المرأة فلكل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً كان له أن يطلب التفريق من القاضي إذا توافرت شروط ذلك . ولا يرد على هذا أن المرأة تتضرر بسمعتها إذا ما طلقت لعيب فيها فإن سمعة الرجل ايضاً لاتقل عن سمعة المرأة وليس في الأمر فضيحة ولا كشف أسرار فالغالب من هذه العيوب أمراض تحل بالصغير والكبير ولا يد للإنسان فيها .

وهذا ما انفرد به القانون المغربي حيث أعطى حق طلب التفريق للعيوب أو الأمراض لكل من الزوجين . وهذا وفق المذاهب الثلاثة الحنابلة والمالكية والشافعية .

٢) ان بعض القوانين كالسوري قصرت التفريق على العيوب الجنسية والجنون ولم تذكر بقية العيوب كالأمراض السارية او المنفرة ، وهذا في رأينا لا محل له لأنه كما يتضرر المرء من عيب يمنع الاتصال الجنسي قد يتضرر من مرض معد او تنفر منه النفس .

ان حصر العيوب بعدد معين لا مبرر له بل يجب أن ينص على مبادىء عامة في العلل والأمراض فكل مرض معد او منفر او مخوف او يمنع الاتصال الجنسي يحق للطرف الآخر أن يطلب التفريق لأجله .

٣) نصت بعض القوانين على أن أهل الخبرة يقدرون المرض إن كان يرجى منه الشفاء فيؤجل القاضي التفريق وإلا فرق في الحال .

وفي رأينا أنه يجب الرجوع دائماً الى رأي الاطباء في معرفة الأمراض ودرجة خطورتها ومدة شفائها حتى في القوانين التي لم تنص على ذلك ، ولا يجوز الرجوع الى المصادر الفقهية في هذا الموضوع لاثبات الأمراض بوسائل عرفت في عصر تدوين تلك الكتب ، ولا عيب فيها الا أننا في عصر أصبح فيه الطب هو المعول عليه في معرفة الأمراض وتقدير درجة خطورتها .

وقد نص الفقهاء كثيراً في وجوب الرجوع الى أهل الخبرة في مثل هذه الأمور .

٤) ان بعض القوانين كاللبناني اشترطت على الزوجة اذا ما طلبت التفريق لعيب في زوجها ان تكون سليمة من الأمراض التي تحول دون الاتصال الجنسي .

وشرط السلامة من العيوب لمن يطالب بالتفريق شرط معقول بالنسبة للعيوب الجنسية فقط وهذا مأخوذ من المذهب الحنفي لأن الأصل عندهم ان لاتفريق بغيرها .

أما اذا كان هناك عيب غير جنسي بأحد الزوجين وكان طالب التفريق مريضاً بمرض آخر يبيح له التفريق ففي رأينا لامانع من التفريق لأن الانسان قد يعاف من غيره مالا يعاف من نفسه .

٥) وقد فرقت معظم القوانين بين العيوب غير الجنسية فأجازت التفريق بسببها سواء اكان ذلك قبل الدخول ام بعد الدخول ، اما في العيوب الجنسية في الرجل . فلم تجز ذلك إلا قبل الدخول ، فإذا تم الدخول سقط حق الزوجة في طلب التفريق .

وهذا في رأينا وان أجمع عليه الفقهاء فهو محل نظر فإن مناط التفريق في جميع تلك العيوب والأمراض هو الضرر وأي ضرر أشد من أن تعيش المرأة مع زوج عنين طيلة حياتها لا يصل اليها وكل ذنبها أنه وصل اليها في العمر مرة .

من أين استمدت القوانين العربية مواد التفريق للعيوب ؟ ...

يذهب شراح القانون الى ان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي الذي أخذ منه المشرع في معظم القوانين العربية مواد التفريق لدى القاضي سواء في الشقاق والضرر ام في العيوب ظنا منهم ان الامام محمداً حدد العيوب غير الجنسية بثلاثة فقط وهي الجنون والجذام والبرص .

ولكني بعد ان حققت مذهب محمد في التفريق للعيوب فيانه لم يحصرها بعدد معين بل كل ماينفر منه المرء او كان مرضاً معدياً فللزوجة ان تطلب التفريق ، **استطيع ان اخالف جميع شراح القانون فأقول ان مصدر هذه المواد هو المذهب الحنفي .**[1]

ومايؤيد وجهة نظري في هذا ثلاثة أمور : —

١ — ان القوانين العربية المشار اليها اعتبرت التفريق للعيوب طلاقاً بائنا وهو من المذهب الحنفي خلافاً للحنابلة والشافعية .

٢ — انها اعطت الحق للزوجة دون الزوج حسب المذهب الحنفي بينما في بقية المذاهب هو حق للزوجين .

٣ — ان مذهب محمد هو الوحيد بين المذاهب الذي لم يحصر العيوب في الرجل بينما بقية المذاهب وان توسعت في تعداد العيوب ولكنها ذكرت على ان هذا التعداد على سبيل الحصر .

وينبني على هذا الخلاف أمر هام وهو في الرجوع الى أي المذاهب في حال نقص المواد في حادثة معينة لم يأت بها القانون . ولهذا فأنى أرى في حال وجود نقص في مواد التفريق للعيوب في القوانين التي حصرت هذا الحق ومنحته للزوجة دون الزوج فيجب الرجوع فيه الى المذهب الحنفي.

---

(١) هذا ماعدا القانون المغربي حيث نص صراحة على اعطاء حق التفريق بسبب العيوب لكل من الزوجين وهذا مأخوذ عن مذهب مالك .

وهذا لايتنافى مع مارجحناه من أنه لامبرر للتفرقة بين الزوج والزوجة في التفريق ولا يتنافى مع ما سنقترحه من مواد في هذا الموضوع لأنه طالما نفسر القوانين في نصوصها الحالية فلا مناص من الرجوع الى مصادرها الأصلية.

وقد انفرد القانون السوري بالنص على ان حق التفريق بسبب العنة لايسقط بحال وحسناً فعل .

هذه نظرات سريعة في قوانين البلاد العربية وسوف نستعرض التطبيق العملي في كل من الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العربية السورية لنرى ما ذهب اليه الاجتهاد القضائي وما وضع من مبادىء فالاجتهاد دائماً طليعة التشريع في كل العصور .

. . .

الفرع الثالث

الاجتهادات القضائية

عدم حصر العيوب . اثبات المرض بمعرفة اهل الخبرة :

جاء في حكم لمحكمة بور سعيد[1] : تقبل الدعوى من الزوجة باصابة زوجها بمرض الزهري ، او اي مرض معد يخشى من بقائهامعه الضرر حتى اذا ثبت ذلك فرق القاضي بينهما . ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح متى قرر اهل الخبرة عدوى المرض .

إذا طال علاج المريض يتعين التطليق . إذا ما طلبت الزوجة ذلك .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[2] .

اذا قرر الطبيب الشرعي ان الزوج لايزال مريضاً بمرض عقلي من طبيعته احتمال تكرار النوبات وتطرأ عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد في ضعف ارادته ونقص ادراكه وانحطاط عقليته ، وان هذا المرض من الجائز شفاؤه في بعض الاحوال الا ان علاجه قد يطول . مما يعرض بقاء الزوجة معه للضرر فانه يتعين التطليق .

هل يعتبر السكوت عن العيب رضا يسقط حق التفريق :

جاء في حكم لمحكمة طلخا الشرعية[3] :

---

(١) محكمة بور سعيد الشرعية ٥ ذي الحجة ١٣٥٠ في ١١ ابريل ١٩٣٢ مجلة المحاماة الشرعية س ٤ ٩٠ س ٥ ع ٩

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩/١٠/١٩٥٧ مجموعة صالح حنفي ج ٢ ص ٢١٥.

(٣) محكمة طلخا الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ في ١٦ مايو ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٨٥

« لايجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها بذلك ورضاؤها بمباشرته وهو على هذه الحالة » .

ونحن لانوافق على ما جاء في هذا الحكم لان سكوت المرأة وهي تأمل شفاء زوجها يجب الا يكون عقوبة لها تسقط حقها في طلب التفريق والا اندرعت الزوجات الى طلب التفريق اثر كل مرض اصيب به الزوج خشية ان يسقط حقها في التفريق اذا ما طال صبرها على مرض زوجها .

وقد صدر حديثاً عن محكمة الاسكندرية الابتدائية [1] حكماً يؤيد ما ذهبنا اليه :

« فعدول المدعية عن رفع دعوى التطليق لاصابة الزوج بالجنون مدة عامين لايعتبر رضاً منها بالعيب الذي اصاب زوجها اذ انها كما قالت في عريضة دعواها كانت تأمل شفاءه وترجو برأه ليعود اليها ويستأنفا حياتها الزوجية وليس الرجاء والامل في الشفاء من المرض رضاء به . هذا فضلاً عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع مايجب ان تتحلى به الزوجة الصالحة وفاء واخلاصاً للزوج » .

اذا سرى مرض الزوج الى الزوجة كان موجباً للتفريق .

جاء في حكم لمحكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية [2] : اصابة الزوجة بالمرض نتيجة لمرض تناسلي عند الزوج موجب للتفريق بينهما .

• • •

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/١/٤ رقم ٢٥٦

(٢) محكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية ٢٨ محرم ١٣٦٦ في ٢٢ ديسمبر ٩٤٦ المحاماة الشرعية . ص ١٤٢ س ١٨

التفريق للعيوب الجنسية :

جاء في حكم لمحكمة الاقصر الشرعية[1] : « والتشريع الجديد لم يتعرض بشيء لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل ابقى الحكم فيه لمذهب الامام ابي حنيفة ، والنص صريح في ان الزوج اذا وطىء زوجته ولو مرة واحدة زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته من حق في طلب التفريق بينها وبينه بسببها » .

وهذا الحكم من حيث انطباقه على القانون صحيح لاشك فيه .

ولكننا نرى انه ليس من العدالة أن تبقى امرأة زوجة لرجل لايقار بها طيلة حياتها .

ويرى البعض انه يمكن التطليق في هـــذه الحالة للضرر ، ولكن هذا الرأي يخالف مانص عليه القانون ، فالقانون وضع مواداً للتفريق للضرر واجراءات خاصــة بهـا كما وضع مواداً اخرى للتفريق للعلل والعيوب ولكل اجراءات .

فالتفريق للضرر يخضع فيه لنظام التحكيم ومحاولة الاصلاح بين الزوجين، وهنا في العيوب لا محل لذلك اذ مناط الضرر تقرير الاطباء واهل الخبرة .

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة الاسكندرية في حكم لها[2] :

اذا كان الثابت من الدعوى ان المدعية مقرة باتصال زوجها بها اتصالاً جنسياً اعواماً طويلة أنجبت فيها منه فان الادعاء بالعنة حتى لو صح حديثها لايكون سبباً للتطليق ولا محل للقياس على حالة الزوج الذي يهجر زوجته

---

(١) محكمة الاقصر الشرعية ٤ رمضان ١٣٥٢ في ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ المحاماة الشرعية ص ١٧١ س ٦ ع ١

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١/٥/٩٥٨ صالح حنفي ٢/٢٢٧ وفي حكم لمحكمة نجع حمادي الشرعية ١٢ جادى الاول ١٣٦٤ في ٢٤ ابريل ١٩٤٥ جاء فيه : ان التطليق للضرر لايتناول التطليق للمرض .

اكثر من سنة التي نص عليها القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ في المادة ١٢ سنة لان ذلك نص محدود صريح في الحالة التي ورد بشأنها ولا محل للتوسع فيه ولا اجتهاد مع النص .

وجاء فيه أيضاً : ان التطليق للضرر شرع في حالات الشقاق لسوء المعاشرة والهجر وما الى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه . اما المرض فهو عرض من الاعراض البشرية التي ليس للانسان دخل فيها .

ولهذا فاننا ندعو الى تعديل القانون المصري وبقية القوانين المماثلة وجعلها تتفق مع بقية مواده في التفريق للضرر فان زوجة العنين تتضرر من زوجها اكثر من اي ضرر آخر ولا نجد لرأي الفقهاء فيما ذهبوا اليه سنداً او دليلاً يمكن الاحتجاج به في هذا الموضوع .

يقول استاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الاحوال الشخصية السوري في هذا الموضوع [1]: «وهذا قول بعيد عن حكمة التشريع ومناف لسكن النفس وحصول المودة والرحمة التي ارادها الشارع بشروعية الزواج ، ولا نعلم لهذا الحكم سنداً من الكتاب والسنة بل في نصوص الكتاب والسنة ما يبطله » .

. . .

(١) شرح قانون الاحوال الشخصية السوري ص ١٦٨

الفرع الرابع

المواد التي نقترحها لقانون الاحوال الشخصية

في التفريق للعلل والعيوب

م ١ : لكل من الزوجين ان يطلب التفريق من القاضي اذا ما وجد بصاحبه علة جنسية تمنع الاتصال أو مرضا معديا او منفرا او مخوفا .

م ٢ : التفريق للعلل التي جاءت في المادة السابقة حق ثابت لكل من الزوجين سواء كان قبل الدخول ام بعد الدخول .

م ٣ : يعتمد في وصف العلل على الاطباء فان كان يرجى شفاؤها خلال سنة لم يفرق بينهما والا فرق بناء على طلب احدهما .

م ٤ : اذا امكن ازالة العلة من المصاب بها بعملية جراحية سقط حق طلب التفريق اذا وافق المريض على ذلك .

م ٥ : التفريق للعلل فسخ وليس بطلاق .

* * *

المبحث الثالث

التفريق للعيوب والأمراض لدى اليهودية والمسيحية

الفرع الأول

التفريق للعيوب لدى اليهود

طائفة الربانيين

اجاز اليهود التفريق للعلل والعيوب بين الزوجين سواء وجد بالزوج ام بالزوجة فهو حق مشترك يعطي لكل من الزوجين اذا ما أصاب صاحبه مرض او علة ذكرها القانون الحق في طلب التفريق .

وقد يبدو من المعقول والمنطقي ان تطلب المرأة التفريق اذا ما وجدت بزوجها علة او مرضاً أما الزوج فقد يبدو من الغريب ان يعطى له مثل هذا الحق وهو يملك الطلاق بارادته المنفردة . ولكن من تأمل جيدا وجدان لا غرابة طالما ان الحق المشترك بين الزوجين من أهم اثاره سقوط بعض الحقوق المالية عن كاهل الزوج اذا ما وجد بزوجته بعض العيوب وفي بعضها الآخر تنال حقوقها كاملة .

وقد توسع اليهود في ذكر العيوب . والسبب في رأينا انهم يتطلبون من الزوج ان يكون طلاقه لمسوغ شرعي ومن المسوغات الشرعية : العيب بالزوجة .

ومن الجدير بالذكر ان نقول ان حق التفريق هذا يسقط اذا ما اطلع من له الحق على عيب صاحبه او رضي به سواء بمعاشرته ام بسكوته عن طلب الطلاق .

اولا — عيوب الزوجة

١) **ظهور دم الحيض ثلاث مرات** : اذا ظهر دم الحيض ثلاث مرات في الزوجة اثر الزواج وجب على الزوج تطليق زوجته .

جاء في المادة ١٥٥ : اذا تكرر ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض في الزوجة حين اختلاء الرجل بها حرمت عليه ووجب عليه تطليقها وليس عليه الا ما دخلت به ولا يجوز عقده عليها ثانية[١].

ويبدو لي ان سبب التفريق بهذه المادة يعود الى ان محل العقد وهو المتعة الجنسية غير صالح لكمال الاستمتاع ، لا للعقم لان له مادة خاصة به .

٢) **اذا كانت مريضة بمرض جنسي** : اذا كانت الزوجة مصابة بمرض جنسي يحول دون المعاشرة الجنسية بحيث لا تليق للرجال كان للزوج ان يطلقها بدون التزامات مالية واذا عارضت الزوجة بذلك او نفت ما نسبه اليها عرضت على الاطباء .

جاء في المادة ١٥٨ : اذا ظهر ان المرأة معيبة بحيث لا تليق للرجال فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت . فاذا هي ادعت اللياقة ، فحصت شرعا وبقيت بلا نفقة حتى يتم الفحص .

٣) **كل ما كان منفرا يعد عيبا** : لا حصر للعيوب في الزوجة في الشرع اليهودي وكما قلنا ان سبب ذكر هذه العيوب لتبرير الطلاق لانه لا بد ان يكون لمسوغ مشروع ، ولهذا توسعوا في تعداد العيوب بحيث نستطيع ان نجزم ان ما جاء في تعدادها جاء على سبيل المثال لا الحصر .

قالت المادة ١٦٠ كل زيادة او نقص او تلف او فساد او اي رائحة كريهة في المرأة هو عيب شرعي .

---

(١) الاحوال الشخصية للاسرائيليين .

٤) **اذا علم بالعيب فلا حق له بالتفريق لذلك**: ان مجرد علم الزوج بعيب زوجته يسقط حقه في طلب التفريق لهذا السبب ويعتبر سكوته رضا، والفرق بين علمه بالعيب وعدم علمه وهو في الحالين يملك الطلاق، هو من حيث الالتزامات المالية التي تترتب على كل حالة منهما.

م ١٥٩ : اذا ظهر بالزوجة عيب شرعي لم يكن يعلم به الرجل فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت به بكرا كانت ام ثيبا.

م ١٦١ : اذا كان العيب غير خفي او علم به الرجل وسكت عند راضيا به فاذا رغب في الطلاق مع ذلك لزمته حقوق زوجته جميعها.

م ١٦٣ : لا تقبل جهالة الرجل بالعيب مهما كان خفيا اذا دخل على المرأة ولم يتكلم.

التطليق لعقم الزوجة :

اعتبر الشرع اليهودي عقم الزوجة البكر عشر سنوات لم تنجب فيها عيباً موجباً للتفريق. اما الثيب فيكفي لاعتبار العقم عيبا فيها مضى خمس سنوات.

جاء في م ١٤١ : ليس للرجل ان يطلق زوجته لعلة العقم اذا لم يمض لها عشر سنين لم ترزق فيها واذا كانت غير بكر فخمسة.

٦ ــ لا تفريق لجنون الزوجة :

جنون الزوجة ان كان اثناء العقد كان باطلاً، لأنه لا يجوز عقد من لا ارادة ولا رضاء له. اما اذا اصيبت الزوجة بعد الزواج فيجب على الزوج علاجها.

م ٤٧ : الجنون المطبق في احد الاثنين مانع من الزواج والا كان باطلاً.

م ١٣٢ : اذا جنت المرأة فلا يمنع هذا من الانفاق عليها وعلى الرجل أن يعالجها، واذا شاء التزوج باخرى جاز للسلطة الشرعية اجابة طلبه.

ثانياً — عيوب الزوج :

اذا اصيب الزوج بمرض معد وجب عليه الطلاق :

يشترط في المرض ان يكون معديا وفي هذه الحالة لا خيار للزوج في الابقاء على الحياة الزوجية حتى لو رضيت الزوجة بل يجب التفريق بينهما .

جاء في المادة ٢٠٣ : اذا طرأ على الرجل بعد الزواج عيب او عاهة فلا يسوغ هذا للمرأة طلب طلاقه .

وجاء في المادة ٢٠٤ : اذا كان الطارىء برصاً او مرضاً معدياً كاف الرجل بالطلاق وللشرع ان يأمر بالحيلولة ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعا أنها لا تختلي به .

والصرع ايضاً من الامراض الموجبة للتفريق :

اذا اصيب احد الزوجين بالصرع وجب التفريق مع احتفاظ الزوجة بحقوقها .

جاء في المادة ٢٠٥ : اذا كان المرض صرعاً في أحد الاثنين وجب الطلاق ولا تسقط حقوق الزوجية .

والرائحة الكريهة تعتبر عيباً :

ومما نستطيع أن نؤيد قولنا بأن العيوب غير محصورة في الرجل ايضاً انهم اعتبروا مجرد الرائحة الكريهة عيباً يوجب التفريق ولا شك انه يقاس على هذا ما هو أشد منه ولو لم ينص عليه .

جاء في المادة ٢٠٦ : اذا كان بالرجل رائحة كريهة في أنفه او فمه او لأنه اشتغل دباغا وما اشبه جاز اجابة طلب زوجته الطلاق .

علم الزوجة يسقط حقها :

اما اذا علمت الزوجة بعيب زوجها سقط حقها في طلب التفريق .

جاء في المادة ٢٠٧ : اذا علمت الزوجة بالرائحة او الحرفة ورضيت فليس لها طلب الطلاق .

عقم الزوج :

اذا كان الزوج عقيما وتحققت الزوجة من ذلك كان هذا سبباً موجباً لطلب التفريق . ولها حقوقها الزوجية كاملة .

جاء في المادة ٢١٣ : اذا كان عقم الزوج محققا وجب عليه الطلاق وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان .

العيوب الجنسية :

أما العيوب الجنسية في الرجل فاذا كانت حين العقد كان العقد باطلا لأنه يحرم التزوج من مريض بمرض يحول دون الاتصال الجنسي .

اما اذا اصيب بعد الزواج فيجب ان يمضي عشر سنوات ان كانت بكراً وخمساً ان كانت ثيبا .

جاء في المادة ٤٥ : يحرم التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين او مخصيهما كلتيهما او احداهما او مجبوب الاحليل .

م ٢١٠ : اذا كان الرجل عنينا او عقيم الماء وكانت الزوجة في عوز الى غلام جاز لها طلب الطلاق .

م ٢١١ : يجب ان يكون مضى عشر سنين او خمسة حسب نص المادة ١٦٤ [1] .

---

(١) نص المادة ١٦٤ : عقم الزوجة عشر سنين او خمساً اذا كانت ثيباً يوجب على الرجل شرعاً ان يطلقها ولها مالها من الحقوق في العقد .

ويلاحظ ان الفرق بين عقم الزوجة وعقم الزوج : ان الزوج ليس له ان يطلق زوجته ان كانت عقيمة قبل عشر سنين ان كانت بكراً وان كانت ثيبا فلا يجوز طلاقهـا قبل خمس سنوات أمـا عقم الزوج فيختلف ان كان عقمه محققا فيجب عليه الطلاق دون مراعاة للزمن .

أما اذا لم يتحقق عقمه وكانت الزوجة بحاجة الى غلام جاز لها طلب الطلاق مع مراعاة المدد الزمنية التي حددها القانون بالنسبة لعقمها .

اذا رجي شفاء المريض فلا تفريق :

اذا اصيب الزوج بمرض من الامراض المعدية فعلى الزوجة ان تصبر ستة أشهر فان رجي شفاؤه فلا تفريق والا وجب الطلاق .

نصت المادة ١٢٧ : اذا منع الرجل مرض صبرت امرأته ستة اشهر فاذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل الصداق .

م ١٢٨ : اذا كان المرض يرجى شفاؤه فللسلطة الشرعية مد المهلة .

. . .

طائفة القرائين

تشدد القراءون في التطليق فاشترطوا ان يكون لمسوغ شرعي يقدره القاضي .

اولا — عيوب الزوجة :

واعتبروا العيب من المسوغات الشرعية بحيث لا يقع الطلاق بدونه بعكس الربانيين الذين وان اشترطوا المسوغ الشرعي ولكن لم يرتبوا البطلان على عدم وجوده بل الاثم الدياني وسقوط بعض الحقوق المالية .

أقسام العيوب :

ووصف القراءون العيب بأنه مما لا يحتمل ، وقسموه الى قسمين :

١) القسم الاول : من العيوب ما كان ماساً بالدين فكل استهتار او تقصير من الزوجة بأمر من الامور الدينية يحل لزوجها ان يطلقها لأجله .

٢) القسم الثاني : من العيوب ما كان في الخلق او الخلق وقد توسعوا في هذا القسم حتى اعتبروا قصر النظر مع سلامة العينين عيبا يجيز التطليق .

وفي الطلاق للعيوب تسقط حقوق الزوجة المالية سوى ما كان لديها من جهاز وما في حوزتها .

تقدير القاضي

وتقدير العيوب بأنها غير محتملة يعود للقاضي فهو الذي يقرر ان العيب يمكن للزوج الصبر عليه ام لا يمكنه ذلك .

العلم بالعيب :

ولا يسقط حق الزوج بالطلاق اذا علم بالعيب ويجوز ان يطلق ويدفع المؤجل كاملا . اما اذا لم يكن يعلم بالعيب فلا يدفع المؤجل . هـذا اذا كان العيب حين عقد الزواج .

العيب الطارىء :

اما العيب الطاريء فان كان العيب مرضيا فالمؤجل واجب اما ان كان خلقياً فلا يجب .

نفقة علاج الزوجة على زوجها :

وكذلك اوجبوا علاج الزوجة على زوجها حتى تبرأ من مرضها وان ازمن المرض .

جاء في شعار الخضر[1] : واوجب عليه اهل الشرع علاجها اذا مرضت حتى تشفى واذا ازمن المرض واستوجب كثرة الانفاق فله ان يعطيها مما لها عنده من الحقوق وتنفق منها ولكنه مكروه .

• • •

---

(١) شعار الخضر ص ١١٤

ثانياً — عيوب الزوج : ولا فرق في العيوب بين الرجل والمرأة :

فللزوجة أيضاً ان تطلب الطلاق لعيب في الزوج .

جاء في شعار الخضر[1] : واذا اعطى المسوغ للرجل حق الطلاق فهو يعطيه أيضاً المرأة فتطلب طلاقها منه شرعاً كما يطلب فكما تطلق المرأة مختارة ومكرهة يطلق الرجل كذلك مختاراً او مكرها . وان ابى الزوج الطلاق فالقاضي يطلق عليه ويفرق بين الزوجين .

وقال في شعار الخضر أيضاً[2] : وللشرع نهي الرجل عن الاعراض واذا طلبت الطلاق الزموه به وكذلك اذا كان عنيناً أو مريضاً ومنعه المرض عنها ستة اشهر .

كما ان طائفة القرائين اجازوا التفريق للجنون خلافاً لطائفة الربانيين .

. . .

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٨

(٢) المصدر السابق ص ١١٣

المقارنة في التفريق للعيوب والامراض

بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية

اوجه الاتفاق :

انه حق مشترك لكل من الزوج والزوجة وهو ما عليه جمهور المسلمين وفي الشريعة اليهودية .

٢ - ان العيوب ليست محصورة لدى جمهور الفقهاء المسلمين حسب ماحققناه وهو ما ذهبت اليه الشريعة اليهودية .

٣ - ان مجرد علم السليم بمرض صاحبه يعتبر رضاه منه بذلك فيسقط حقه في طلب التفريق في اكثر العيوب .

٤ - كما تتفق الشريعتان في ان المرض او العيب اذا كان مرجو الشفاء فلا تفريق ، والا جاز ذلك .

اوجه الخلاف :

١) ان التفريق للعلل والامراض في الشريعة الاسلامية هو حق للسليم من الزوجين فله ان يطالب به وله الصبر على صاحبه مع الاجر والثواب من الله عز وجل .

اما في اليهودية فالتفريق واجب على الزوج ، وقد تحرم الزوجية بينهما في بعض العيوب ، بل ولو رضيت الزوجة فلا يجوز الابقاء على الزوجية .

٢) اعتبر الشرع اليهودي العقد باطلا اذا وجد عيب جنسي او جنون حين العقد بأحد الزوجين . اما في الشريعة الاسلامية فالعقد صحيح ولكن للسليم

ان يطلب التفريق. وقد علل فقهاء المسلمين صحة زواج المجنون بأنه قد يكون في زواجه علاجاً له من مرضه فلا يجوز حرمانه من ذلك العلاج .

٣) استثنى اليهود الربانيون الجنون من التطليق للعيوب بعكس طائفة القرائين حيث اعتبروه عيبا يجيز طلب التفريق . اما في الشريعة الاسلامية فهو عيب يجيز التفريق .

٤) العقم سبب موجب للتفريق بل انه الزامي في حالات عدة لدى اليهود. بينما في الشريعة الاسلامية على ماوجحناه انه سبب يبيح طلب التفريق كبقية العيوب التي تحول دون تحقيق غاية الزواج وهدفه في هذه الحياة .

. . .

الفرع الثاني

التفريق للعيوب لدى المسيحية

التطليق للامراض والعيوب في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

اجاز الاقباط الارثوذكس التطليق لعيب في احد الزوجين في مجموعاتهم الحديثة وخاصة في قانون ١٩٣٨ وفي مجموعة ١٩٥٥ وذلك نقلا عن ابن لقلق وعماجاء في المجموع الصفوي لابن العسال والخلاصة القانونية لايفامانوس فيلوثاؤس عوض.

ففي قانون ١٩٣٨ :

جاء في المادة ٥٤ :

اذا اصيب احد الزوجين بجنون مطبق او مرض معد يخشى منه على سلامة الاخر ، يجوز للزوج الاخر ان يطلب الطلاق اذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت انه غير قابل للشفاء .

ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنه اذا مضى على اصابته به ثلاث سنوات . وثبت انه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يخشى فيه عليها من الفتنة .

ونظراً لاطلاق هذا النص في التطليق للامراض المعدية دون حصر لها فقد وجه الى القانون نقد شديد بسبب ما قيل من انه مخالف لما ورد في الكتاب المقدس من أن الزواج ارتباط ابدي حتى الموت .

ولما في افتراق الزوج عن زوجه المريض من نكران للجميل ومنافاة لمبدأ التعاون المفروض بين الزوجين [1].

جاء مشروع ١٩٥٥ فقيد التطليق للامراض :

م ٥٢ : اذا اصيب احـد الزوجين بجنون مطبق يجوز للزوج الاخر ان يطلب الطلاق اذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت انه غير قابل للشفاء.

ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق اذا اصيب زوجها بمرض العنه وثبت انه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات .

وبما أن مجموعة ١٩٥٥ لم تكتسب الصفة الالزامية لانها لم تستكمل شروطها القانونية كان لامناص من الرجوع الى قانون ١٩٣٨ والمجموعات القديمة .

ذكر ابن لقلق [2] : ان الزيجة تنفسخ .. بحدوث مايمتنع معه الاجتماع المقصود بالزيجـة . وقال : وامـا امتناع الاجتماع المقصود بالزيجـة كالخصي والمجنون المطبق والجذام والبرص والعظم المانع في النساء والعنين والخنثى وما يجري هذا المجرى.

كما ان ابن العسال ذكر ان ماتنفسخ به الزيجة يشمل [3] :

ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة، وهو اما طبيعي كالعنين، وهو الذي لايتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور ، والخنثى ، وهو الذي له فرج الذكر والمرأة معاً في موضع واحد ، وكمن لها عظم زائد .

---

(١) الاحوال الشخصية نمر وحبشي ص ٣٥٤

(٢) ملحق المجموع الصفوي ص ٢٤٢

(٣) ذكرت هذه العيوب في القسم الثامن من موانع الزواج بالمادة ٢٩ الا انه أحال في الفصل السادس فيما يفسخ به الزواج على القسم الثامن .

وأما عرضي وهو ثلاثة اخرى :

(١) احدها : الخصي .

(٢) وثانيها : الجنون الذي يكون زمان الافاقة منه اقل .

(٣) وثالثها الامراض القاطعة كالجذام .

واما البرص فالامر فيه راجع الى الاختيار .

وجاء في السبب السابع في الخلاصة القانونية في باب فسخ الزواج[١] :

اذا حدث لاحدهما بعد الزواج مايمتنع بواسطته المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها (المبينة بالنوع الثاني من القسم الاول من المسألة السابعة عشرة) ورغب المعافى منهما الفرقة بعد ان تكون مضت له مدة ثلاث سنوات مستمراً مع قرينه من عهد ما اصيب بذاك المرض المانع ولم يتمكنا من الاجتماع الزوجي التناسلي وتحقق ذلك جلياً يجاب وتفسخ الزيجة .

ولو رجعنا الى ما احال اليه صاحب الخلاصة لوجدنا تحت عنوان الموانع الشخصية[٢] « وهي كل مايمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة . وذلك اما ان **يكون المانع طبيعيا** كالعنين وهو مالا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع . والخنثى وهو الذي له عضو الذكر والانثى معا . وكمن لها عظم زائد مانع . **واما عرضيا** (وان كان حادثا الا انه ثابت) وهو الخصاء وما يجري مجراه من موانع الاجتماع التناسلي ان كان من جهة الذكر او الانثى والجنون المطبق والجذام والبرص » .

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) المصدر السابق ص ٢٢ - ٢٣

ونلاحظ من مجموعة هذه النصوص، مع خلاف يسير في بعضها، انها اجازت التطليق للجنون والامراض المعدية والتناسلية .

اولاً – الجنون (١) :

ذكرت المجموعات الفقهية والقانونية ان الجنون من اسباب التطليق ويشترط في ذلك الشروط التالية :

١) ان يكون الجنون مطبقاً أي لا يتخلله افاقة . ويلاحظ ان ابن العسال خالف ذلك فنص على هذا بقوله :

« الجنون الذي يكون فيه زمان الافاقة منه اقل » .

٢) ان يثبت انه غير قابل للشفاء وهذا ما استحدثه قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ حيث لم يرد بالمجموعات السابقة هذا الشرط .

وبديهي ان تقدير ذلك للاطباء الذين يقررون مدى قابلية الجنون للشفاء أو عدمه .

فاذا قرر الاطباء ان الجنون قابل للشفاء فلا يجوز التطليق .

٣) ان يمضي على الزوج ثلاث سنوات وهو مريض بالجنون حسب ماجاء في قانون ١٩٣٨ والخلاصة القانونية .

اما في مجموعة ١٩٥٥ فاشترط مضي خمس سنوات على المرض .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الشرط لم يرد في قوانين ابن لقلق ولا في المجموع الصفوي لابن العسال .

ثانيا – الأمراض المعدية :

انفردت مجموعة ١٩٥٥ بعدم ذكر الامراض المعدية ضمن الاسباب التي

---

(١) يقسم فقهاء الشريعة الاسلامية الجنون الى مطبق وهو مااستمر ذلك شهراً كاملا دون افاقة، وقال بعضهم يشترط ان يستمر سنة فاكثر . والى جنون متقطع وهو ما كان دون ذلك . مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلام مدكور .

واما في القانون المدني فلا توجد هذه التفرقة ونصت المادة ٤٥ : « لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون » المدخل للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ١٦١

تبيح التطليق ولكن رغم هذا فالقضاء ان يحكم بالتفريق بناء على ماورد في المجموعات السابقة وخاصة قانون ١٩٣٨ لان المجموعة كما سبق أن ذكرنا لاتقوى على نسخ التشريعات السابقة لانها لم تكتسب صفة الالزام من الناحية القانونية.
ومما يجدر التنبيه اليه ان المجموعات التي جاء فيها ذكر التطليق للامراض المعدية لم تذكر ماعددته على سبيل الحصر بل على سبيل المثال.

وقد اشترطت المادة ٥٤ من قانون ١٩٣٨ للتطليق للمرض المعدي الشروط التالية:

١) ان يكون المرض معديا بشكل يخشى منه على سلامة الآخر.

٢) ان يمضي على المرض ثلاث سنوات.

٣) ان يثبت طبيا ان المرض غير قابل للشفاء.

ثالثا – الأمراض الجنسية:

يذكر فقهاء المسيحية على أن غاية الزواج هي التوالد وطلب النسل [١].
ولهذا جاء في المادة ١٤ من مجموعة قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس لعام ١٩٥٥: الزواج سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين اسرة والتعاون على شؤون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكاهن.

ويتضح من هذا ان الزواج اذا لم يحقق غايته كأن اصيب احد الزوجين بعجز تناسلي أو أي مرض تناسلي يحول دون ثمرة الزواج كان للطرف الآخر ان يطلب التطليق من القاضي.

على انه يلاحظ ان قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ قصرا التفريق بسبب العجز الجنسي على الرجل دون المرأة فقد ذكرا العنة في الرجل فقط سببا من أسباب التطليق مع ان المجموعات السابقة لم تحصر هذه العلل بل ذكرت كل مامنع المقصود من الزيجة من عيب يحول دون الجماع سواء كان في الرجل أم في المرأة.

---

(١) الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٩٧

وهذا نقص في التشريع ، فضلا عن ان المصلحة تقتضي التفريق بين زوجين اصبح احدهما لا يستطيع ان يقوم بواجبه الزوجي نحو الآخر .

وشروط التطليق كما جاءت في المجموعتين الاخيرتين هي :

١) ان يثبت ان مرض العنه غير قابل للشفاء[١] .

٢) ان تكون الزوجة في سن تخشى فيه الفتنة اذا تركت بدون زواج .

٣) ان يمضي على الزوج المريض ثلاث سنوات كما جاء في قانون ١٩٣٨ وخمسا كما جاء في المجموعة ١٩٥٥ .

الروم الارثوذكس :

اجاز الروم الارثوذكس التطليق اذا ماوجد بأحد الزوجين علة جنسية خفيت على الطرف الآخر ، وكذلك في حالة الجنون والجذام .

نصت المادة ١٢ من قانون ١٩٣٧ :

« لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرض الزواج بالجماع ، اذا كانت هذه العلة موجودة حين عقد الزواج وكان يجهلها الطالب ودامت ثلاث سنوات من حين الزواج واستمرت الى وقت رفع الدعوى وللزوجة ان ترفع دعوى الطلاق ولو قبل فوات الثلاث سنوات في حالة ماتكون عنه الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء ومثبوتة بفحص طبي قانوني » .

ويلاحظ ان حق طلب التطليق مشترك ، فللرجل أو المرأة ان يطلب ذلك اذا ماوجد بصاحبه علة تمنع الاتصال الجنسي . على انه يشترط ان تكون العلة وقت العقد . اما العلة الطارئة فلا يجوز الفسخ بسببها .

ونصت المادة ١١ : « لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق في حالة مايصاب الآخر في قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينه معرضة للخطر ، ولا يكون

---

(١) ولكن يلاحظ ان تقدير الاطباء لعدم قابلية العنه للشفاء ليس من السهل دائماً ولهذا فان للمحكمة تقدير ذلك . اهاب اسماعيل ص ١٦٥ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

لهذه العلة أي أمل بالشفاء ، وتكون قد دامت ثلاث سنوات اثناء الزواج » .

ولكل من الزوجين أن يطلب أيضاً الطلاق اذا اصيب الآخر بالجذام[1] .

الكاثوليك :

نصت المادة ٥٨ من التقنين الكاثوليكي الشرقي الصادر في سنة ١٩٤٩ :

١) العجز السابق المؤبد سواء أكان من طرف الرجل أم من طرف المرأة وسواء أكان الزوج عارفاً به أم لا مطلقاً كان هذا العجز أم نسبياً ، يبطل الزواج بحكم القانون الطبيعي نفسه .

٢) اذا ارتيب في مانع العجز سواء أكان الريب من قبل القانون ام من قبل الواقع فلا يمنعن الزواج .

وهكذا نجد ان الكاثوليك رغم انهم يحرمون التطليق ولكنهم أمام الضرورات الملحة اعتبروا العجز الجنسي من موانع الزواج اذا وجدت اثناء عقد الزواج ولم يحصل دخول .

هل يعتبر العقم من العلل المجيزة للتطليق في المسيحية ؟..

لم تنص مجموعات الاقباط الارثوذكس على التطليق لعلة العقم في احد الزوجين ألا ان الشريعة الارمنية اجازت ذلك قبل صدور تقنينها الجديد المطبق في مصر حالياً .

يقول الدكتور شفيق شحاته[2] : « وقد خالف التقنين تقاليد الشريعة الارمنية كذلك عند ما نص بالفقرة الثانية من المادة ١١ على ان « عقم الرجل أو المرأة لا يجعل العقد باطلا » — فقد عرفنا ان عقم المرأة وان لم يفرد في اي

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ٤/١٦

(٢) المصدر السابق ٤/٣٢

وقت من الاوقات الى ابطال عقد الزواج عند الارمن ، الا انه كان يؤدي عندهم الى فسخه » .

واننا نرى ان قانون الاقباط الارثوذكس وان لم ينص صراحة على الاعتداد بهذا العيب ولكن النصوص المتواترة عن رجال الكنيسة تؤكد ان غاية الزواج هو حفظ النوع البشري عن طريق التناسل والتوالد ولهذا فهم اجازوا التفريق للعلل الجنسية لانه يحول دون ذلك بل انهم لم يحصروا العيوب بل قالوا وكل ما جرى مجرى ذلك ، وبما ان العقم يحول دون تحقيق ثمرة الزواج فوجب الاعتداد به سبباً من اسباب التفريق.

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل[١] : « ولكنا نرى ضرورة الاعتداد بالعقم كسبب من اسباب التطليق في شريعة الاقباط الارثوذكس »[٢].

---

(١) اهاب اسماعيل ص ٢٢٠ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

(٢) وقد اختلف الاجتهاد القضائي في الاعتداد بالعقم كسبب يجيز التفريق .

الاجتهادات القضائية

ونظراً لتعدد مصادر الشريعة المسيحية وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس الذين توسعوا في التطليق نرى انه لا بد من الرجوع الى القضاء لمعرفة مدى تطبيق هذه النصوص .

الاعتداد بالعقم كعيب يجيز التطليق :

« لما كان الغرض من الزواج حسبما ترمي اليه الشريعة المسيحية هو انجاب الذرية بحيث تنتفى معه اذا ثبت انه لن يؤدي لهذه الغاية المرجوة ، وقد انقضى على الزواج هنا زهاء الاربعة عشر عاماً دون انجاب اطفال لعقم الزوجة فان في ذلك ما يدعو الى الطلاق[1] .

وفي هذا المعنى ايضاً : « كون الزوجة عاقراً لا تنجب رغم مضي عشر سنوات على زواجها وتقرير الطبيب بعدم احتمال حملها وظهور عدم الاحتمال من سنها كذلك يبرر طلب الزوج الطلاق[2] » .

عدم الاعتداد بالعقم :

وعكس ذلك : « ان القول بان الزوجة عقيم لا يعتبر هذا سبباً لفصم رابطة الزوجية لان الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لاسباب التطليق »[3] .

---

(١) محكمة الزقازيق الابتدائية للاحوال الشخصية ١٩٥٦/١٢/٨

(٢) حكم مجلس ملي فرعي دمنهور للاقباط الارثوذكس ١٩٥٥/٥/٢١ صالح حنفي ١٨٩/١ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٧/٣/١٣ دكتور رفعت خفاجي ص ١٣١ .

وجاء ايضاً : « ليس في شريعة الاقباط الارثوذكس ما يبيح الطلاق لعدم انجاب الذرية[1] » .

التطليق للمرض خشية العدوى :

« لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار المرض سبباً من اسباب الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس، الا ان ذلك مقصود بان يكون هذا المرض من الامراض التي تلحق ضرراً جسيما بالزوج الآخر سواء كان ذلك الضرر من ناحية خطر انتقال عدواه اليه او من صيرورته حائلا دون تحقيق أي غاية من غايات الزواج ، والا يكون هذا المرض قابلا للشفاء ، فاذا كان يرجى شفاؤه فينبغي ألا تطول مدته الى الحد الذي يترتب على الضرر »[2] .

طلب التفريق هو حق للسليم دون المريض :

« ان رغبة الزوج في التخلص من الحياة الزوجية لا تبرر اجابته لطلب الطلاق ولو كان سنده قرحة عشرين عاماً بمعدته وسوء حالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشرة الزوجية وادى الى استمرار النزاع لمدة عشر سنوات وترك مسكنه ما دامت الزوجة تعلم بحالته وترضاه وترعاه اثناء مرضه »[3] .

التطليق للجنون :

« مرض الزوج بمرض عقلي مدة تزيد عن خمس سنوات مع استمرار المرض وعدم انتظار شفائه يبيح للزوجة طلب التطليق من زوجها »[4] .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ٢٤/١١/ ١٩٥٦ صالح حنفي ٤٨٩/٢

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ٩/٣/١٩٥٧

(٣) مجلس ملي فرعي اسكندرية ١٦/١٢/٩٥٥ صالح حنفي ص ١٨٩ واشار اليه الدكتور خفاجي ص ٧٢ .

(٤) محكمة دمنهور الابتدائية ١٠/٤/٩٥٦ حنفي ٤٧٦/٢ .

التطليق للعنة النفسية :

« اذا ثبت من التقرير الطبي الشرعي ان الزوج مصاب بعنة نفسية بالنسبة لزوجته وان الامل في شفائه منها ضعيف فقد قام ما يمنع الاجتماع المقصود بالزواج فيكون طلب التطليق في محله »[1] .

حصر الأمراض المسوغة للتطليق والاعتداد بقانون ١٩٣٨ :

« لاتجيز شريعة الاقباط الارثوذكس التطليق بسبب كل مرض يصيب أحد الزوجين والا لما كانت معاونة او مساعدة من جانب احد الزوجين للآخر وانما وضع قانون الأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الصادر في ٩ / ٥ / ١٩٣٨ ضوابط استمدها من روح رجال الدين ونصوصهم[2] » .

وفي هذا المعنى ، ان المرض الذي عزاه الزوج لزوجته مردوده بأن الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب الطلاق، وان المقصود بالمرض الذي يبرر التطليق في مدلول المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية ان يصاب احد الزوجين بجنون مطبق او بمرض معد يخشى منه على سلامة الزوج الآخر وان يكون قد مضى عليه ثلاث سنوات وأن يثبت أنه غير قابل للشفاء فإنه إذا ما تخلفت أحد هذه الشروط الأربعة فهو حتماً لا يخول الحق في طلب الطلاق[3] .

وبحن لانوافق على ماذهبت اليه المحكمة في حصرها الأمراض المجيزة للفسخ أو التطليق لأن النصوص القديمة التي استمد منها قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ والتي لاتزال تعتبر المرجع الاول لقضاء الأحوال الشخصية لدى الاقباط الارثوذكس لم تأت بالعيوب والعلل على سبيل الحصر بل جاءت بذكرها على سبيل المثال[4] .

---

(١) محكمة اسكندرية الابتدائية ٢٥/٦/١٩٥٧ .

(٢) استئناف القاهرة ٢٠/٣/١٩٥٨ .

(٣) استئناف القاهرة ٢١/١١/١٩٥٦ .

(٤) ومن يذهب الى عدم الحصر في الامراض المسوغة للطلاق الدكتور اهاب اسماعيل ص ١٦٩ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

وقد اشترط القضاء لمن يطلب التطليق لمرض اصاب زوجه الا يكون قد تسبب في مرضه او تساهل في علاجه او قصر في تقديم واجب المعونة اليه حتى اصيب بالمرض وذلك لئلا يستفيد المقصر والمهمل من تقصيره واهماله .

فاذا كان سبب المرض راجعاً الى فعل الزوج او بخطأه ، فان مثل هذا المرض لايعطي الحق للزوج في طلب التطليق كما لو ان الزوج لم يقدم لزوجته المسكن الملائم أو الرعاية الصحية التي يجب ان يوفرها لزوجته حسب امكانياته المادية واصيبت زوجته بمرض نتيجة ذلك فلا يجاب الى طلبه بالتطليق جزاء اهماله وتقصيره[1] .

. . .

(١) في هذا المعنى حكم محكمة القاهرة الابتدائية ٩/٢/٩٥٦ وحكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة ٢٠/٣/١٩٥٧ رفعت خفاجي ص ٧١ .

ملاحظاتنا على ما جاء من مواد التفريق

للأمراض والعيوب في المسيحية

١) لم يكن التفريق للعيوب والامراض قبل عصر ابن العسال :

يلاحظ في تاريخ التشريع المسيحي ان التفريق للعلل والامراض بين الزوجين لم يكن معترفاً به قبل عصر ابن العسال فهو الذي وضع هذه القواعد اذا ما اصاب احد الزوجين علة جنسية او معدية خشي منها على الزوج الآخر .

جاء في كتاب الاحوال الشخصية لغير المسلمين[١] :

لم تجز قوانين التطلسات التطليق لجنون أحد الزوجين . ولكن ابن العسال قد انفرد من بين الفقهاء الاقدمين باجازة التطليق في هذه الحالة .

ويقول في محل آخر[٢] : اذا عرض لاحد الزوجين مايمنع الاجتماع المقصود بالزيجة بينهما لم يكن في القوانين القديمة مايمكن حلها ثم تدرج الفقهاء في اجازته فقال ابن لقلق بجوازه ان استمرت عنة الزوج ثلاث سنوات وتبعه في ذلك ابن العسال[٣] .

ونحن اذا رجعنا الى تعريف العيوب كما جاءت في المجموع الصفوي لابن العسال نجد التشابه الواضح بين ماذكره وماجاء في كتب الفقهاء المسلمين مما لم تعرفه الكنيسة من ذي قبل .

وفي هذا يقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الأحوال الشخصية[٤] :

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين الفي وحبشي ص ٢٠٤ .

(٢) المصدر السابق ص ٣٥٥ .

(٣) يلاحظ هنا ان ابن لقلق هو الذي طلب من ابن العسال وضع كتاب في الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس فهما في عصر واحد .

(٤) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ١/١٤ شفيق شحاته .

وقد رجع ايضاً ابن العسال الى كتب الفقه الاسلامي ، وبوجه خاص الى كتب ابن اسحاق الشيرازي في المذهب الشافعي[1] .

٢) توسع المحاكم فيما ذهبت اليه :

ومن استعراضنا لما ذهبت اليه المحاكم نرى انها لم تتقيد بمجموعة ١٩٥٥ بل تجاوزت قانون ١٩٣٨ الى المجموعات الفقهية القديمة باعتبارها المنبع الاول والمصدر لهذه التشريعات. وفي هذا دلالة على المرونة التي يسير عليها القضاء المصري مستلهما في هذا المصلحة والضرورات العملية .

واكثر من هـذا فان اشتراط مدة ثلاث سنوات على الزواج حتى يجيز للطرف الآخر طلب التفريق كما جـــاء في القانون لا أصل له حتى قالت بعض المحاكم ان هذا اشتراط تحكمي لا اصل له بين المصادر الفقهية القديمة .

٣) عدم حصر العيوب :

كما نلاحظ أن بعض الاجتهادات القضائية لم تتقيد بالعيوب التي جاءت بالقانون حصراً كالتفريق بسبب العقم .

---

(١) راجع ما كتبناه في التمهيد في هذا الكتاب .

المبحث الرابع

التفريق للعيوب في قوانين البلاد الاجنبية

التفريق للعلل والعيوب في القانون الالماني :

توسع القانون الالماني في التفريق للعلل والعيوب بين الزوجين فأجاز لكل منهما ان يطلب التطليق من القاضي في حالات ثلاث :

١) تصدع الحياة الزوجية لخلل في القوى العقلية لأحد الزوجين :

م ٤٤ : اذا اصيب احد الزوجين بخلل في قواه العقلية ادى الى انفصام رباط الزوجية انفصاماً بالغاً بحيث لا يتصور معه دوام المعيشة بين الزوجين .

٢) المرض العقلي :

م ٤٥ : اذا اصيب احد الزوجين بمرض عقلي بليغ يؤدي الى زوال الوفاق بين الزوجين زوالاً نهائياً .

٣) الأمراض المعدية والمنفرة :

م ٤٦ : اذا اصيب أحد الزوجين بمرض عضال معد او تعافه النفس وتعذر تحديد مدة شفائه منه [١] .

على ان المادة ٤٧ من القانون الالماني قيدت حق التطليق بهذه المواد بعدم الاضرار بالزوج المريض اضراراً بليغا بحيث لو كان التفريق يسيء اليه في صحته

---

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٩

اساءة بالغة فـلا يجوز التفريق مراعاة لقواعد الاخلاق والالتزام بالاخلاص الزوجي . وهـذا كله متروك لتقـدير القاضي حسب ظروف كل مريض ومقدار الامل بشفائه[1] .

ويلاحظ في التفريق للامراض حسب المواد السابقة :

١) ان العيوب والامراض التي نص عليهاالقانون غير محصورةفكل مرض معد او منفر يجيز طلب التطليق .

٢) ان حق طلب التطليق منوط بعدم الاضرار بالمريض ضرراً بالغا .

٣) يستعين القاضي على تقدير خطورة المرض بالأطباء .

٤) يشترط في التطليق لخلل في العقل ان يؤدي الى استحالةالحياة الزوجية وفي بقية الامراض يشترط تعذر الشفاء في وقت قريب والا فلا تفريق .

• • •

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ٦٧٩ .

التفريق للعلل والعيوب في القانون اليوناني

أجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين أن يطلب التطليق اذا ما أصيب صاحبه بمرض البرص او الجنون، كما أجاز القانون التطليق إذا ما كان أحد الزوجين مصاباً بالعجز الجنسي اثناء عقد الزواج ولم يعلم الآخر به[1].

م ١٤٤٣ : **آفة العقل** : — لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا اصيب الآخر بآفة في العقل من شأنها ان تجعل التفاهم بينهما مستحيلاً ، اذا استمرت هذه الحال أربع سنوات على الأقل خلال مدة الزواج .

وهذا أمر يخضع لتقدير القضاء اكثر من خبرة الاطباء لأنه لم ينص على ان المرض يجب ان يكون غير قابل للشفاء بل قال من شأنه ان يجعل التفاهم بين الزوجين مستحيلاً . وكل ما شرط القانون هو مضي اربع سنوات على المرض اثناء الزواج[2] .

م ١٤٤٤ : **البرص** : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا اصيب الآخر بالبرص[3].

ولا يجوز القياس على هذا النص بالنسبة الى أي مرض آخر مهما تكن خطورته او خطر العدوى منه ، او انتقاله بالوراثة .

م ١٤٤٦ **العنة** : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لعنة بالزوج الآخر اذا كانت هذه الحالة قائمة وقت انعقاد الزواج دون ان يعلم بها المدعي،

---

(١) التقنين المدني اليوناني ص ١٥٩

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٣٠٦

(٣) الاحوال الشخصية للاجانب جميل خانكي ص ٢٥٣ .

واستمرت ثلاث سنوات منذ هذا التاريخ مع بقائها وقت رفع الدعوى .

ويشترط لتطبيق هذا النص كما هو واضح ثلاثة أمور :

١) ان تكون العنة موجودة حين عقد الزواج .

٢) ان لا يعلم بها الطرف الآخر .

٣) ان تستمر ثلاث سنوات بعد زواجها .

ولا فرق في هـذا بين الرجل والمرأة فكما يكون العجز الجنسي لدى الرجل قد يكون في المرأة لعلة فيها .[١]

• • •

---

(١) في بعض القوانين الاجنبية التي لاتجيز التفريق بسبب الأمراض وخاصة التناسلية فانها أمام الضرورات الملحة ، اعتبرت وجود اي مرض تناسلي في احد الزوجين مبطلاً لعقد الزواج .

ومن هذه القوانين : قانون الولايات المتحدة الامريكية . جميل خانكي ص ٦٧ .

التفريق للعلل والامراض في القانون الانجليزي

أجاز المشرع الانجليزي لكل من الزوجين أن يطلب التطليق من القاضي اذا ما أصيب صاحبه بالجنون وكان غير قابل للشفاء وذلك في القانون الصادر في ١٩٥٠ .

وكان اول قانون صدر في انجلترا يبيح طلب التطليق هو قانون ١٩٣٧ حيث عدد اسباب التطليق فجاء قانون ١٩٥٠ فاقتصر على بعضها والغى بعضها الآخر .

الجنون :

اذا أصيب الزوج بمرض عقلي غير قابل للشفاء واستمر المرض خمس سنوات جاز للزوج السليم طلب التطليق .

على ان القضاء اعتبر مجرد وجود المريض خمس سنوات تحت العلاج يعتبر قرينة على عدم قابليته للشفاء ، لأن اثبات عدم قابلية المريض للشفاء أمر ليس بالهين [١] .

العيب التناسلي :

كان قانون ١٩٣٧ يجيز للزوجة اذا ما أصيب زوجها بمرض تناسلي خطير أن تطلب من القاضي لتضررها من ذلك [٢] .

ولكن قانون ١٩٥٠ لم يذكر هذا العيب من جملة العيوب المسوغة لطلب التفريق .

* * *

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص٤٧

(٢) الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٢٠

الفصل الثاني

التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق .

المبحث الاول :

في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

حرص الاسلام على وحدة الزوجية بما شرعه من حقوق وواجبات بين الزوجين فقد قال تعالى : «ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف»[1] وامر كلا من الزوجين بالصبر على صاحبه فان كره احدهما من الآخر امرا فقد يعجبه منه امور اخرى بل قد يكون فيما يكرهه احدهما خيرا لا يعرفه وسوف تظهره له الايام » . قال تعالى : «فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا»[2].

والخطاب وان كان للازواج فهو للزوجات ايضاً لان الله اذا اوصى الزوج بالصبر مع الكراهية وهو يملك الطلاق فلأن يوصي الزوجة بالصبر مع الكراهية بالأولى .

ولكن هذه الحياة الزوجية التي يعيشها الرجل والمرأة في بيت واحد قد تبدو في سحبها بعض مايعكر صفاءها من نشوز احدهما او نفوره او بعدوى

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) سورة النساء آية ١٩

الآخر فشرع الله لكل حالة حكماً سواء كان ذلك من الزوج ام من الزوجة ام من كليهما - كلها ترمي الى الاصلاح بين الزوجين وعودة الامور لحالتها الاولى.

وغاية الاسلام بما شرعه من امور ومحاولات للصلح ان يحول بين الزوجين والفرقة ما استطاع الى ذلك سبيلا والا كان من السهل جداً أن يقول لكل منهما من لم يرض بما هو فيه فليطلق او ليطلب الطلاق .

ولكن الاسلام ونظام الطلاق فيه يريد ان يجعل هذا الانفصال علاجاً لا عقوبة ، وعلاجاً حيث لم يعد ينفع سواه .

* * *

الفرع الأول

كيف عالج الاسلام نشوز احد الزوجين

نجد امامنا ثلاث حالات بينها القرآن الكريم في نظام الأسرة حرصا على وحدتها واملا في اصلاح ذات البين .

الحالة الاولى ــ نشوز الزوجة

وقد جاء ذكر هذه الحالة مع علاجها في قوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

الحالة الثانية ــ نشوز الزوج

وقد جاءت في الآية الكريمة : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » .

الحالة الثالثة -- نشوز كل منهما عن صاحبه دون ان يعرف من منهما المسيء

وجاء ذكر هذه الحالة بقوله تعالى : « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما .

المطلب الأول — نشوز الزوجة

قال الله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

والخوف هنا بمعنى الظن أي ان ظننتم نشوزهن وفي هذا ارشاد المبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء .

والنشوز معناه : كما فسره ابن عباس وعطاء والسدى [1] : معصية الزوج فيما يلزمها من طاعته .

جاء في الشرح الكبير : [2] معصية الزوج فيما فرض الله عليهما من طاعته . مأخوذ من النشوز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما اوجب الله عليها من طاعته .

اراد المشرع الحكيم ان يكون علاج نشوز الزوجة من زوجها على مراحل ثلاث : بحيث لا ينتقل من مرحلة الى أخرى الا بعد ان يعتقد انها لم تعد تجد .

فالمرحلة الاولى :

مرحلة الموعظة لقوله تعالى : فعظوهن .

وموعظة الرجل لزوجته هو ان يذكرها بالله وبما فرض عليها من واجبات فقد تندم وتعود الى صوابها .

جاء في مغنى المحتاج [3] :

لو ظهرت امارات نشوزها وعظها ندبا لقوله تعالى : واللاتي تخافون ... ويبين لها حقوق الزوج وما ورد بالشرع من ذلك .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٢/٣٣٠ .

(٢) الشرح الكبير ٨/١٦٧ .

(٣) مغنى المحتاج ٣/٢٥٩

والبدء بالموعظة والارشاد هو البدء باقرب الحلول واسهلها فقد يكون سبب النشوز امرا لا علاقة للرجل فيه ، فبالوعظ والارشاد ، يتبين له سبب هذا النفور .

جاء في المهذب [1] لانه يجوز ان يكون ماظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج .

ولا يقتصر النصح على مرة واحدة لان النساء تختلف في تقبل الوعظ والارشاد فرب امرأة تكفيها كلمة طيبة تجعلها ترجع عما هي فيه وأخرى لا يكفيها ذلك ، فيجب على الرجل حينئذ ان ينصحها لعلها تعود الى وضعها الطبيعي فتزول الجفوة بينهما .

ولا يجوز ان ينتقل من هذه المرحلة من الاصلاح الا بعد ان يعتقد انها لم تعد تجدي فلا النصح ولا الارشاد ولا الموعظة غيرت من نفسيتها شيئاً حينئذ ينتقل الى المرحلة الثانية .

قال الدردير [2] : ولا ينتقل لحالة حتى يظن ان التي قبلها لا تفيد .

المرحلة الثانية :

مرحلة الهجر لقوله تعالى واهجروهن .

اذا لم يجد الوعظ والارشاد والنصح من الزوجة مرة او اكثر من مرة والزوج متمسك برباط الزوجية المقدس طاعة لأمر ربه . وحرصا على وحدة امرته واملا برجوع زوجته الى رشدها وصوابها ، فالمرحلة الثانية من مراحل محاولات الاصلاح هي الهجر .

والانتقال الى المرحلة الثانية بعد ان فشلت المرحلة الاولى أمر طبيعي فالعلاج اذا لم يجدي مع المريض وجب على الطبيب تغيير الدواء .

---

(١) المهذب ٢/٢٧٤

(٢) الدردير على خليل ٢/٤٠٢

والهجر في المضجع لا في الكلام لان الاسلام لا يريد ان يقطع حبل المودة المتين بين الزوجين لتبقى الصلة وثيقة رجاء الاصلاح وعودة الامور الى مجاريها.
قال فى التاج المذهب [1]: والهجر انما هو في المضجع لا في الكلام. ولان هجر الكلام منهى عنه ايضا اذا زاد عن ثلاثة أيام والهجر قد يطول شهراً ولهذا كان الهجر هجر مضجع لاهجر كلام.

جاء في الشرح الكبير [2]: لقوله عليه السلام لما رواه أبو هريرة عنه: لا يحل لمسلم ان يهجر اخاه فوق ثلاثة أيام.

وقال الحطاب [3]: وغاية الهجر شهر.

ويجب أن يكون الهجر في المضجع لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع ولم يقل واهجروا مضاجعهن.

قال في المهذب [4]: وأما الهجر فهو ان يهجرها في الفراش.

وفي رأيي ان الهجر هنا ليس مقصوداً في ذاته بل انه درس قاس يعطيه الزوج لزوجته لتعرف انه جاد فيما هو فيه، وما بعد هذا الا الفراق. وهو في الوقت نفسه امتحان يجتازه الرجل ليعرف نفسه هل يستطيع الصبر على فرقة زوجته قبل ان يطلقها إذا ما استمرت في عنادها.

ان في هجر الزوج وهما في فراش واحد درس وامتحان يعرف قيمته كل زوج وزوجة.

هذا هو المقصود من الهجر: التدرج في العلاج اذا استعصى الداء وليكون الزوج أمام زوجته رجلا في تصرفاته وإلا فأية قيمة لنصح وارشاد في الصباح وسمر ومضاجعة في الليل.

---

(١) التاج المذهب ٢/٧١.
(٢) الشرح الكبير ٨/١٦٧.
(٣) مواهب الجليل ٤/١٥.
(٤) المهذب ٢/٧٤.

ولا يجوز ان ينتقل الى المرحلة الثالثة إلا بعد فشل هذه المرحلة وهي كما قلنا مدة يجب ألا تتجاوز الشهر وعليه ان يجرب ويحاول الاصلاح ما امكنه والا انتقل الى المرحلة الثالثة بعد يئسه من هذه المرحلة ، وان اطاعته وندمت ورجعت عن غيها لا يجوز له ان ينتقل للمرحلة الثالثة : لقوله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

المرحلة الثالثة :

الضرب لقوله تعالى واضربوهن" .

هناك بعض النساء من لا يكفيه الوعظ ولا يكترث بالهجر ، فما موقف الشارع من هذا النوع من النساء ؟.. لقد امر الاسلام الزوج ان يعظ زوجته باللين والنصح ،ففعل اكثر من مرة فلم ترجع عن خطأها ثم أمره ان يهجرها في المضجع ، فهجرها شهراً فلم ترعو فماذا يفعل ؟..

امام الزوج في هذه الحالة احد طريقين :

١) اما عرض الامر على القضاء .

٢) او الطلاق .

وفي عرض الامر على القضاء وشرح اسباب نشوز الزوجة مما تأباه الشريعة الاسلامية حرصاً على قدسية الحياة الزوجية من ان تكون اسرارها لدى أقل مناسبة معروضة أمام القضاء وان اباح الاسلام اللجوء الى القضاء فذاك حيث لادواء سواه . اما هنا فالامر ان امكن حله فيما بين الزوجين فلا يجوز للغير ان يطلع عليه .

وفي الطلاق تشتيت للاسرة وتفريق لافرادها وهدم لهذا العش الذي بناه الزوجان وهو ما كرهه الاسلام وبغضه ووصفه بأنه ابغض الحلال الى الله .

فماذا يفعل الزوج المسكين اذن ؟... ليس من المعقول ان نقول له اصبر بعد ان اجتاز هاتين المرحلتين مرحلة الوعظ والنصح ومرحلة الهجر .

جاءت الآية الكريمة فقالت : واضربوهن ...

والضرب كما جاء في كتب الفقه والحديث والتفسير لا ما اشتهر على السنة اعداء الاسلام ولا على مايفعله جهال المسلمين. هو اقرب الى المداعبة منه الى الضرب.

ومهما يكن من امر فالتأديب بالضرب خير من التأديب بالطلاق لأن اثر الضرب لايتعدى الزوجة بينما يتعدى اثر الطلاق الى جميع افراد الاسرة .

وللرد على اعداء الاسلام في هذا الموضوع أجد نفسي مضطراً لبحث بعض النقط بايجاز دون شرح وتطويل :

١) ماهو الضرب الذي جاء ذكره في القرآن الكريم .

٢) هل هو الزامي في كل نزاع زوجي .

٣) وهل هو لكل النساء .

٤) واخيراً هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته .

١ ـ ماهو الضرب ؟

المقصود من الضرب هنا هو التدرج في محاولة الاصلاح بين الزوجين والانتقال من المرحلة الثانية بعد فشلها الى المرحلة الثالثة وذلك ان اصرت الزوجة على عنادها .

جاء في المغنى[1] : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان اصررن فاضربوهن .

والضرب بحد ذاته هو الضرب غير المبرح ولا المؤذي ولا المؤلم .

جاء في المحلى[2] : فان عصته حل له هجرانها حتى تطيعه وضربها بما لم يؤلم

---

(١) المغني ١٦١/٨ .

(٢) المحلى ٤١/١٠ .

ولا يجرح ولا يكسر . وقد ذهب ابن حزم الى ان الزوج اذا تجاوز الضرب المشروع كان للزوجة ان تطلب الطلاق من القاضي والتعزير للزوج .

وقال الدردير[1] : ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم انها لا تترك النشوز إلا به .

فان وقع فلها التطليق عليه والقصاص .

وقال المواق[2] : وان غلب على ظنه انها لاتترك النشوز الا بضرب مخوف لم يجز . فالضرب اذن ضرب خفيف لا كما يصور الوهم لاعداء الاسلام ؛ ولايجوز الضرب المؤلم ولو كان فيه نفع واصلاح لانه ضرر ولاضرر ولاضرار في الاسلام .

وقد ذكر الفقهاء ان الضرب يجب ان يكون بسواك او بمنديل وشبهوه باللكزة او نحوها .

قال الحطاب[3] : والضرب في هذه الآية هو ضرب الادب غير المبرح وهو الذي لايكسر عظما . ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها .

جاء في احكام القرآن للجصاص[4] : مارواه ابن جريج عن عطاء قال: الضرب غير المبرح بالسواك ونحوه .

وقال الحسن : ضربا غير مبرح وغير مؤثر .

٢) هل الضرب الزامي :

لا الزام على الزوج ان نشزت زوجته ان يضربها فقد ورد عن النبي عليه السلام في مناسبات عدة الامر باجتنابه حتى قال بعضهم ان الضرب في القرآن نسخ في السنة لكثرة مانهى عنه النبي عليه السلام .

---

(١) الدردير ٢/٤٠٢ .
(٢) المواق ٤/١٦ .
(٣) الحطاب ٤/١٥ .
(٤) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٠ .

قال عليه السلام : لاتضربوا اماء الله . وقال : لقد طاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشتكين ازواجهن فلا تجدون اولئك خياركم[1] .

وجاء في مغنى المحتاج[2] والاولى له العفو عن الضرب ، وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، او على الضرب بغير سبب يقتضيه لاعلى النسخ.

وفي نهاية المحتاج[3] : والاولى العفو .

٣) هل هو لكل النساء :

الاسلام جاء لجميع الناس ولمختلف الطبقات ولهذا تدرج العلاج وتنوع في الاصلاح بين الموعظة والهجر والضرب . وكثير من النساء من يكتفين بكلمة واحدة ومنهن من يؤثر فيهن هجر ليلة واحدة ومنهن من يصررن على عنادهن، فلهذا النوع شرع الله الضرب بحدوده وقيوده .

يقول الشافعي[4] : وفي ذلك دلالة على اختلاف حال المرأة فيما تعاقب فيه وتعاقب .

يقول فضيلة الاستاذ الشيخ محمود شلتوت[5] :والواقع ان التأديب لأرباب الشذوذ والانحراف الذين لاتنفع فيهم الموعظة ولا الهجر امر تدعو اليه الفطر ويقضى به نظام المجتمع .

• • •

(١) مختصر المزنى ٥/٤٧ .

(٢) مغنى المحتاج ٢/٢٦٠ .

(٣) نهاية المحتاج ٦ /٣٥ .

(٤) مختصر المزنى ٤/٤٧ .

(٥) الاسلام عقيده وشريعة ص ١٧٦ .

٤) هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته ؟

الضرب الذي جاء في القرآن الكريم وكما وصفه الفقهاء هو علاج لوضع نشأ في الاسرة عن نشوز الزوجة وعدم جدوى النصح والهجر معها، وليس عقوبة يوقعها الزوج على زوجته، بدليل انهم قالوا لو علم ان في ضربه عدم رجوعها عما هي فيه فلا يجوز له الضرب لان المقصود منه الاصلاح .

قال الحطاب[١] : واذا غلب على ظنه ان الضرب لايفيد لم يجز له ضربها.

وقال أيضاً : فان المقصود منه الصلاح لاغير .

وقال في تحفة المحتاج[٢] : اما اذا علم انه لايفيد فيحرم .

وقال الدردير[٣] : واما الضرب فلا يجوز الا اذا ظن افادته .

وقال في المختصر النافع[٤] : فان لم ينجح ، ضربها مقتصراً على مايؤمل معه طاعتها مالم يكن مبرحا .

فالضرب اذن ليس عقوبة على نشوزها ولكنه علاج لتلك الحالة التي طرأت على الاسرة وتفاديا لوقوع الفرقة بين الزوجين . ولهذا قال الله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

اي اذا حصل الغرض بالوعظ او بالهجر فلا تضربوهن" ولو كان عقوبة لأمر بالضرب لان المذنب لايعفيه من العقوبة رجوعه عنها بعد ارتكابها .

واخيراً فانه يبدو لي ان الضرب كما جاء في الآية الكريمة وكما احاطه الفقهاء بشروطهم وقيودهم أشبه بالامر النظري منه الى العملي فان الزوجة التي لايجدي

---

(١) مواهب الجليل ١٥/٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٤٥٦/٧ .

(٣) لدردير ٤٠٢/٢ .

(٤) المختصر النافع ص ٢١٥ .

معها النصح والرشاد ولا الهجر فلن يجدي غالبا معها الكزة بيد او ضربة سواك، وانما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم ليكون آخر الدواء لعل احـداً يلوم المطلق اذ طلق فيقول له لو ضربتها لرجعت عن خطأها .

كما يبدو لي ان اكثر نسائنا اليوم لايجدي معهن هذا العلاج ولهـذا فلا يجوز ضربهن اذا نشزن لان الضرب منوط بالمصلحة المرجوة منه ولا فائدة من ضرب هذه صفاته مع اكثر نساء اليوم [1] .

كما أني أرى ان الزوجة اذا ضربها زوجها بشكل مؤذ او مؤلم مخالفاً في هـذا شرع الله ، فلهـا ان تطلب الطلاق من القاضي وعلى القاضي ان يحكم التفريق .

كما ان للزوجـة في رأينا ان ترفع امرها الى القاضي الجزائي لا للقاضي الشرعي في أمر ضرب زوجها ضرباً مؤلماً مؤذياً ، وعلى القاضي ان يطبق إحدى المادتين ٥٤٠ ، ٥٤١ من قانون العقوبات [2] اذا رغبت بالبقاء على الحياة الزوجية .

اما اذا طلبت الزوجة الطلاق فيحق لهـا ذلك ويعتبر الضرب قرينة على حصول الشقاق والضرر بين الزوجين فيفرق القاضي بينهما كما سيأتي معنا تفصيل ذلك .

• • •

---

(١) وليس في هذا تعطيلا لحكم شرعي فحاشا لله ان نجرؤ على ذلك ، فان الضرب وان جاء على سبيل الندب فانه منوط بتحقيق الغاية المرجوة منه وهي اصلاح المراة فقد يكون الضرب في عصرنا مفيداً ولا يفيد في عصر آخر وقد يصلح بعض النساء وقد لا يؤدي الى ذلك .

(٢) تنص هذه المواد على عقوبة كل من أقدم على ضرب شخص او ايذائه بالحبس او بالغرامة ولم تستثن أحداً من ذلك .

المطلب الثاني ـ نشوز الزوج

قال الله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضاً فلاجناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » .

تقدم حالة نشوز الزوجة وهذه حالة نشوز الزوج والمعنى فيهما واحد . فاذاشعرت الزوجة بكراهية الزوج لها أواعراضها عنها لسبب قد يكون منها وقد يكون منه فيجب عليها ان تحاول استرضائه لاصلاح ذات بينهما .

اما ان اصر على اعراضه ، فقال الفقهاء : على الزوجة ان ترفع امرها الى القاضي ليعزره وان اصر على عناده ونشوزه ورغبت هي بالبقاء معه ، فقال بعضهم : يأمر القاضي الزوجة بهجره فان لم يفد الهجر ضربه تعزيرا .

قال الدسوقي [١] : ان كان يضارّها بالهجر أو الضرب او الشتم ، زجره الحاكم اذا رفعت امرها اليه واثبتت تعدي الزوج واختارت البقاء معه فانه يعظه اولا ان جزم بالافادة او ظنها او شك فيها ، فان لم يفد ذلك ضرب ان جزم بالافادة وظنها .

وهناك طريقة اخرى : يعظه اولا فان لم يفد امرها بهجره فان لم يفد ضربه والطريقتان على حد سواء . ولكن الظاهر الثانية : لان هجرها له فيه مشقة عليه بل ربما كان أضر عليه من الضرب .

وقال المواق [٢] : وقالوا في الزوج أنه يسجن .

وقال الخرشي [٣] : ان الزوج اذا كان يضار زوجته فلها ان ترفع امرها الى الحاكم فاذا اثبت عنده انه يضارّها فانه يزجره عن ذلك ويكفه عنها ويقوم

---

(١) الدسوقي ٢/٤٠٢

(٢) المواق ١٦/٤

(٣) الخرشي ١٤٧/٣

الحاكم بزجره باجتهاده كما كان يتولى الزوج زجرها حين كان الضرر منها . هذا اذا لم ترد التطليق .

وقال العدوي في حاشيته[1] : فان لم ينته امرها بهجره ، فان لم يفد ضربه .

وجاء في نهاية المحتاج[2] : فلو منعها حقها كقسم ونفقة الزمه القاضي توفيته. فان اساء خلقه واذاها بنحو ضرب بلا سبب نهاه من غير تعزيز لان اساءة الخلق بين الزوجين تكثر والتعزير عليها يورث وحشة فاقتصر على نهيه رجاء ان يلتئم الحال بينهما .

فان عاد لايذائها عزره الحاكم بطلبها بما يراه .

وقال في مغني المحتاج[3]: وانما لم يعزره في المرة الاولى وان كان القياس جوازه اذا طلبته .

وقال الغزالي : يحال بينهما حتى يعود الى العدل ولا يعتمد قوله في العدول، وانما يعتمد قولها وشهادة القرائن .

وجاء في تحفة المحتاج[4] : اجاب السبكي ومن تبعه بأن اساءة الخلق بين الزوجين تغلب والتعزير عليها يورث وحشة ، فاقتصر على نهيه رجاء ان يلتئم الحال بينهم .

• • •

---

(١) حاشية العدوي على الخرشي ١٤٧/٣

(٢) نهاية المحتاج ٣٥/٦

(٣) مغني المحتاج ٢٦١/٣

(٤) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

المطلب الثالث — الشقاق بين الزوجين لخطأ كل منهما

الحالة الثالثة من ظهور الشقاق الزوجي هو الشقاق من الزوجين او من احدهما دون ان يعرف من المسيء منهما .

والشقاق بين الزوجين مجلبة لاضرار كثيرة لايقتصر اثرها على الزوجين بل يتعدى هذا الضرر الى اولادهما بل الى جميع افراد الاسرة لما ينشأ من بغض ونفور وعداوة لهذا شرع الاسلام نظام التحكيم بين الزوجين لايجاد حل لهذه المشكلة الزوجية التي نشأت نتيجة الشقاق بينهما او اضرار احدهما بالاخر .

فاذا ظهر الشقاق بين الزوجين دون ان يعرف من هو المسبب في ذلك او اذا خيف الشقاق بينهما قبل حصوله [١] فقد جاء القرآن الكريم بعلاج ذلك بقوله فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما .

وسنبحث نظام التحكيم بين الزوجين في الاسلام بايجاز ثم نتناول التفريق للشقاق والضرر .

اولاً ـ نظام التحكيم

سندرس ثلاث نقط في آية التحكيم :

١) من المخاطب بقوله تعالى : فان خفتم .

٢) من هم الحكمان وما هي شروطهما .

٣) ماهي مهمة الحكمين .

١ ـ من المخاطب بهذه الآية :

أ ـ قال بعض المفسرين : ان المخاطب بقوله تعالى : ـ فان خفتم ... هو

---

(١) قال ابن حجر في فتح الباري : يؤخذ من الاية ... العمل بسد الذرائع لان الله تعالى امر ببعثة الحكمين عند خوف الشقاق قبل وقوعه ، ٩/٣٣٢ .

الحاكم .. فاذا عرف الحاكم ان شقاقا وقع بين زوجين فيجب عليه ان يرسل حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة للاصلاح بينهما لان الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح العباد ومن مصلحة المجتمع تقوية الاسرة بعدم ظهور الشقاق بين افرادها .

قال الطبري ان المخاطب بذلك « السلطان الذي يرفع ذلك اليه لما روى عن سعيد بن جبير »[1] .

وجاء في تحفة المحتاج[2] : فان اشتد الشقاق الى الخلاف بعث القاضي وجوبا والمنازعة فيه مردودة بأن هذا من باب رفع الظلامات وهو من الفروض العامة والمتأكدة على القاضي حكما .

وقال الحطاب[3] : اذا اختلف الزوجان وخرجا الى مالا يحل من المشاقة كان على السلطان ان يبعث حكمين ينظران في أمرهما وان لم يرتفعا ويطلبا ذلك منه ، فلا يحل ان يتركهما على ماهما عليه من المآثم وفساد الدين .

ب — وقال آخرون : انما المأمور بذلك هو الزوج والزوجة والخطاب موجه اليهما فاذا شعر الزوجان بسوء المعاشرة بينهما وخشيا استمرار الشقاق اختار كل منهما حكما للاصلاح ولمعرفة المخطىء منهما .

قال الجصاص ان المخاطب بذلك « ماروي عن السدّي انه الرجل والمرأة »[4] .

وفي حاشية ابن عابدين[5] : وفي القهستاني عن شرح الطحاوي : السنة اذا وقع بين الزوجين اختلاف ان يجتمع اهلهما ليصلحوا بينهما فان لم يصطلحا جاز الطلاق والخلع .

---

(١) تفسير الطبري ٨/٣١٨

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٥٧

(٣) مواهب الجليل ٤/١٦

(٤) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٢

(٥) حاشية ابن عابدين ٢/٥٧٣

اقتراح بجعل بعث الحكمين واجباً في كل نزاع عند كل طلاق :

من الواضح مما أسلفنا ان بعث الحكمين اذا خيف الشقاق بين الزوجين أمر واجب على ولي الامر او على الزوجين للاصلاح بينهما . وليت الأمر تعدى ذلك الى ما هو أخطر من الشقاق الى ايقاع الطلاق ، فاشترط الشارع على كل زوج اراد أن يطلق زوجته أن يمر بهذه المرحلة مرحلة التحكيم وجوباً لعل في الأمر الذي دعاه الى الطلاق غموضاً يتضح له فيعدل عن قراره وليس في هذا ، حجراً على ارادته ولا على ما يريد ايقاعه ، بل كل ما في الأمر تأخير ايقاع الطلاق لقرار الحكمين فقد يصلا الى حل يرضاه وإلا طلق زوجته كما يريد .

ويقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة[1] :

قال جمهور الفقهاء : ان التحكيم واجب وجوبا حتمياً لا يصح التفريط فيه ، ومن يوم ان فرطنا فيه بدأ الكلام في شأن الطلاق .

ما هي شروط الحكمين ؟ :

يشترط في الحكمين التكليف والاسلام والعدالة وفهم المقصود من مهمتهما وكيفية اداثها[2] والا فلا يجوز بعثهما .

قال في معين الحكام[3] : «وكل من تقبل شهادته في أمر جاز ان يكون حكما فيه ومن لا فلا . والمرأة تصلح حكما » .

وقد اختلف الفقهاء في شرط كونهما من اهل الزوجين ام لا يشترط ذلك .

---

(١) شريعة القرآن ص ٣٦

(٢) قال في الشرح الكبير ١٧١/٨ ان الحكمين لا يكونان الا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذا من شروط العدالة سواء قلنا هما حاكمان او وكيلان .

وجاء في نهاية المحتاج ٦/٦ ؛ ويشترط في الحكمين : تكليف واسلام وحرية وعدالة واهتداء الى المقصود المبعوث من اجله

وقال وفي الروضة البهية ١٣٣/٢ ونشترط في الحكمين : البلوغ والعقل والعدالة والاهتداء الى ما هو المقصود من بعضهما .

(٣) معين الحكام ص ٢٧ .

قال فريق من الفقهاء : بشترط ان يكون الحكمان احدهما من اهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لأن الله ذكر ذلك في القرآن الكريم ، ولأن الاهل اعرف ببواطن الامور وأقدر على معالجة الموقف من غيرهما ، اما اذا تعذر وجودهما من الاهل فيجوز أن يكونا من غيرهما .

قال ابن حزم [1] : واذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من اهلها .

وذكر الدسوقي [2] : انه لا يجوز بعث اجنبين مع وجود الاهل .

وقال: وفي نقض حكم الاجنبين مع وجود الاهل تردد، الظاهر: النقض.

ولكن جمهور الفقهاء لم يشترط هذا الشرط وان كان الأولى فقالوا يجوز أن يكون الحكمان من غير الاهل وما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم انما كان على سبيل الاستحباب لا على سبيل الوجوب .

جاء في المغني [3] : « والأولى أن يكونا من اهلها لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق واعلم بالحال فان كانا من غير اهلها جاز لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان ذلك الامر ارشاداً واستحباباً [4] » .

وقال في تحفة المحتاج : « أنه يسن ان يكون الحكمان من اهل الزوجة والزوج [5] » .

وجاء في الروضة البهية [6] : « ويجوز ان يكون الحكمان من غير الاهل لحصول الغرض به وكونهما من الاهل في الآية للاشارة الى ما هو الاصلح .

---

(١) المحلى ٨٧/١٠

(٢) حاشية الدسوقي ٤٠٢/٢

(٣) المغنى ١٧١/٨

(٤) وقد رجح ان تيميه في الاختيارات العلمية ١٤٧ رواية عن احمد بوجوب ان يكون الحكمان من الاهل .

(٥) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

(٦) الروضة البهية ١٣٣/٢

وقيل يتعين كونهما من اهلهما عملاً بظاهر الآية ولأن الأهل اعرف بالمصلحة من الأجانب» .

مهمة الحكمين :

الأصل في ايفاد الحكمين أن يقوما ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين بعد ان يعرف كل منهما سبب النزاع من صاحبه وما يتطلبه منه .

قال الفراء في قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله ... حكما من اهل الرجل وحكما من أهل المرأة ليعلما من أيهما جاء النشوز [1] .

ثم يجتمع الحكمان ويقرران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لعود الصفاء والمودة الى الزوجين ، فان وجدا ان الزوج مذنب حملاه المسؤولية وزجراه، وما الى ذلك من طرق ووسائل لحمله على الرجوع عن معاملته السيئة مع زوجته، وان كانت الاساءة من الزوجة نصحاها أيضاً وخوفاها من جراء استمرارها بهذه المعاملة من عقوبة الله، وان الله أمر الزوجين ان يراعيا ما فرضه على كل منهما تجاه الآخر، ثم يأتمن الحكمان الزوجين على بعضهما بعد أن يتم الإصلاح بينهما .

أما اذا لم يتم الإصلاح بين الزوجين حيث لم يوفق الحكمان الى ذلك فهل يفرق الحكمان بين الزوجين ام تنتهي مهمتهما عند إخفاقهما دون أية نتيجة ؟.

هنا اختلف الفقهاء قال فريق منهم يفرق الحكمان اذا لم يتوصلا الى الاصلاح فيما بين الزوجين .

وقال فريق آخر لا يفرق الحكمان لأن مهمتهما الاصلاح فقط .

ومن هذا الموضوع نشأ الخلاف بين الفقهاء حول جواز التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

---

(١) معاني القرآن ٢٦٦/١ .

ثانياً - التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين والخلاف فيه

قلنا إن الفقهاء اختلفوا فيما اذا قرر الحكمان التفريق بين الزوجين : هل يفرق بينهما ام أن مهمتهما الاصلاح فقط ولا يجوز لهما ان يفرقا بين زوجين الا اذا اذنا لهما بذلك .

قال فريق من الفقهاء ان مهمة الحكمين الاصلاح والتوفيق بين الزوجين وليس لهما التفريق الا اذا كانا وكيلين عن الزوجين بذلك .

ومن قال بهذا الرأي من التابعين: الحسن البصري، وعطاء وقتاده واليه ذهب ابو حنيفة والشافعي في القول الثاني وابن حنبل في رواية والظاهرية والامامية .

وقال آخرون ان مهمة الحكمين ايجاد حل للشقاق الواقع بين الزوجين فإن تم الصلح بينهما والتوفيق وإلا فرقا بينهما لأنه لا يجوز ترك زوجين نشب الشقاق بينهما وتعذر عليهما الاصلاح دون علاج، ولا علاج بعد هذه المحاولات الا التفريق بينهما .

قال هذا سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، والشعبي . واليه ذهب مالك والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن حنبل احدى الروايتين .

ومبنى الخلاف بين الرأيين ان الرأي الاول يعتمد على ان الحكم وكيل وليس للوكيل تجاوز ما وكل به فان وكل الزوجان الحكمين بالتفريق فرقا والا فمهمتهما الاصلاح فقط .

والرأي الثاني يقول ان الحكمين حاكمان ارسلهما القاضي لحل النزاع والحاكم يفعل مايرى به المصلحة في حل النزاع اصلاحا أو تفريقا .

ولكن الجعفرية خالفوا ذلك وقالوا ان بعث الحكمين تحكيم لا توكيل ولكن ليس لهما حق التفريق .

من قال بعدم التفريق

الاحناف :

قال الجصاص[1]: «وقال اصحابنا : ليس للحكمين ان يفرقا الا برضا الزوجين لان الحاكم لايملك ذلك فكيف يملكه الحكمان ، وانما الحكمان وكيلان .

الشافعية :

وجاء في مغنى المحتاج[2] : «والحكمان وكيلان في الاظهر» .

الحنابلة :

جاء في المغنى[3] : «واختلفت الرواية عن احمد في الحكمين ففي احدى الروايتين عنه : انهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما الا باذنهما» .

ويلاحظ ان ابن قدامه لم يجزم بترجيح احدى الروايتين ولم يبين المذهب منهما مما يدل على وجود خلاف في المذهب الحنبلي في صفة الحكمين .

غير ان صاحب الانصاف جزم بان المذهب على ان الحكمين وكيلان فقال :[4] ان الصحيح من المذهب : ان الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان الا برضاهما وتوكيلهما .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٣

(٢) مغنى المحتاج ٣/٢٦١

(٣) المغني ٨/١٦٨.

(٤) الانصاف ٨/٢٨٠ .

الظاهرية :

وفي المحلى[1] : « وليس لهما ان يفرقا بين الزوجين لابخلع ولا بغيره ».

الجعفرية :

قال في مختلف الشيعة[2]: « الذي يقتضيه مذهبنا ان ذلك حكم، لانهم رووا ان لهما الاصلاح من غير استيذان ، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره الا بعد ان يستأذناهما ، ولو كان توكيلا لكان ذلك تابعاً للوكالة بحسب شرطها » .

وقال والمشهور[3] : انه ليس للحكمين التفريق الا باذن الزوجين .

وروى الحلبي عن الصادق قال : ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة .

وقال في الروضة البهية[4] : وحيث كان تحكيما فان اتفقا على الاصلاح بينهما فعلاه من غير مراجعة وان اتفقا على التفريق لم يصح الا باذن الزوج في الطلاق، واذن الزوجة في البذل ان كان خلعاً لان ذلك هو مقتضى التحكيم .

وقال في المختصر النافع[5] : ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم .

. . .

---

(١) المحلي ٨٧/١٠ .

(٢) مختلف الشيعة س ٣٥ .

(٣) مايقابل الراي المشهور هو قول لابن حمزة : ينفذ الحاكم حكماً من اهله وحكماً من اهلها ليدبر الامر فان جعل اليهما الاصلاح والطلاق انفذا ماراياه صلاحاً من غير مراجعة.

(٤) الروضة البهية ٢٣٣/٢ .

(٥) المختصر النافع ٢١٥ .

أدلة من قال بعدم التفريق

١) ان مهمة الحكمين هي الاصـلاح بين الزوجين كما نص بذلك القرآن الكريم بقوله : « ان يريد اصـلاحاً يوفق الله بينهما »

فلم يقل القرآن الكريم ان يريدا فرقة ... فايفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين واعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده [١] .

٢) ما روي عن علي بن ابي طالب انه جاءه رجل وامرأة ومعهما جمع من الناس فسألهم علي عن شأنهما فقالوا بينهما شقاق فقال : فأبعثوا حكما من اهـله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما .

ثم قال للحكمين اتدريان ما عليكما ؟ عليكما ان رأيتما ان تجمعا ان تجمعا وان رأيتما ان تفرقا ان تفرقا . فقالت المرأة رضيت بكتاب الله ، وقال الرجل اما الفرقة فلا . فقال علي : كذبت والله لا تنفلت مني حتى تقرّ كما أقرت .

ووجه الاستدلال :

ان حكم الحكمين لايكون إلابتوكيل من الزوجين ورضا منهما ولهذا امر علي الزوج ان يقبل التحكيم ،فلو لم يكن ذلك لما طلب علي منه الموافقة على التحكيم. فدل هذا على ان الحكمين ليس لهما سلطة التفريق الا بتفويض من الزوجين .

٣) ان في تفريق الحكمين سواء أكان ذلك طلاقاً بدون مال أو خلعاً على مال اخراج ملك من صاحبه بدون رضاه ، وقد قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوا هنيئا مريئا » .

يقول الجصاص [٢] : فالقائل بأن للحكمين ان يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب . قال الله تعالى : « يا ايها الذين امنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » ..

---

(١) تفسير الكشاف ١/٣٦٣

(٢) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٤ .

وفي هذا الاستدلال الاخير يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة[1]:

ولنا نظرة في هذا الاستدلال ، فان قوامه ان اخذ المال من غير رضا المرأة دخل تحت عموم المنهى عنه من اخذ شيء من المهور واكل اموال الناس بالباطل ومن غير تراض، والحكمان ان اجيز لهما ذلك كان معارضة لذلك النص من غير دليل من اصول الاسلام عليه .

ونرد ذلك : بأن الذين يقولون ان للحكمين ذلك الحق انما يستمدون ذلك من فهمهم للقرآن ، وان نصه يجعل للحكمين حق التفريق . ثم ان الخلع الذي يحكم به الحكمان انما يكون عندما يتبين لهما ان الاساءة من جانب الزوجة ، وانها ظالمة للرجل ، وانها تنغص عليه حياته الزوجية وتجعلها جحيماً لا رحمة تطفئها ، فكان من العدل رد ماله الذي غرمه . **ورد المال الى صاحبه لايعد اكلا لمال الناس بالباطل ، ورفع الغبن عن مظلوم قدم ماله رجاء حياة زوجية يفكه في نعيمها ، فيصلى بنار فيها ، لايحتاج الى رضاها ، لان رفع الظلم واجب، طابت نفس الظالم او لم تطب.**

٤) ويستدلون اخيراً بأن سلطة الحكمين في التفريق لا أصل لها لان ذلك اما ان يكون مستمداً من الحاكم او من الزوجين فان كانت مهمتها مستمدة من الحاكم فالحاكم نفسه لايملك حق التفريق وان كانت من الزوجين فلا تصح بدون توكيل .

هذا الاستدلال قال به الأحناف بناء على نظريتهم في هذا الموضوع بأن القاضي لايملك حق التفريق وهي حجة غير مسلم بها حتى مع الذين قالوا برأي الاحناف في موضوع التحكيم فضلاً عن ان الحجج يجب ان تكون مسلماً بها من الطرفين ، والطرف الاخر يعطي القاضي سلطة التفريق بين الزوجين في حالات متعددة .

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٧ ع ٦ ص ٩٨٠.

من قال بالتفريق للشقاق والضرر

ذهب المالكية واحمد بن حنبل في روايه وقول للشافعي على ان للحكمين ان يفرقا بين الزوجين ان عجزا عن الاصلاح بينهما .

المالكية :

قال الخرشي[1] : المشهور[2] : ان الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة ولو كانا من جهة الزوجين فاذا حكما بطلاق ولو خلعا نفذ ولا يحتاج الى مراجعة حاكم البلد ولا الى رضا الزوجين .

الحنابلة :

وقال في المغنى[3] : والرواية الثانية : انهما حاكمان ومهمتهما ان يفعلا مايريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما .

وقال في الشرح الكبير[4] : وان قلنا انهما حكمان فانهما يمضيان مايريانه من طلاق أو خلع فينفذ ذلك عليهما ، رضياه او ابياه .

وهذه الرواية اختارها ابن تيمية وابن القيم وعدد كبير من فقهاء الحنابلة .

جاء في الانصاف[5] : وعنه (الامام احمد) ان الزوج ان وكل في الطلاق بعوض او غيره ، او وكلت المرأة في بذل العوض برضاهما ، والا جعل حاكم اليهما ذلك .

---

(١) الخرشي ١٤٨/٣

(٢) يقابله قول في المذهب المالكي ان الحكمين وكيلان حاشية الدسوقي ٤٠٣/٢

(٣) المغنى ١٦٨/٨ .

(٤) الشرح الكبير ١٧٢/٨ .

(٥) الانصاف ٣٨١/٨ .

فهذا يدل على انهما حكمان يفعلان مايريان : من جمع او تفريق بعوض ، او غيره من غير رضا الزوجين .

قال الزركشي : وهو ظاهر الآية الكريمة . واختاره ابن جعبره . والشيخ تقي الدين رحمهما الله .

وهو ظاهر كلام الخرقي .

الشافعية :

جاء في مغنى المحتاج[1] : وفي قول هما حاكمان ... وعلى هذا فلا يشترط رضا الزوجين ببعثهما ويحكمان بما يرياه من الجمع والتفريق .

وفي المهذب[2] ؛ وقال في القول الاخر : هما حاكمان فلهما ان يفعلا مايريان من الجمع او التفريق بعوض وغير عوض .

• • •

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦١ .

(٢) المهذب ٢/٧٤ .

ادلة من قال بالتفريق

١) ان الله تعالى حين قال : « فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها » دل على أنهما حكمان ولو كانا وكيلين لقال ابعثوا وكيلاً عن الزوجة ووكيلا عن الزوج، ولهذا لايعتبر رضا الزوجين، لان الحكم يحكم بما يراه من المصلحة، فأن وفق الحكمان الى الاصلاح كان خيراً والا فلهما التفريق بين الزوجين[1] .

وقد ذكر الله الاصلاح في القرآن الكريم ولم يذكر الفرقة لانه الافضل وليسعى الحكمان للوصول اليـه ، فليس معنى ذلك الاقتصار عليه بحيث لايباح غيره .

٢) اخرج الطبري في تفسيره[2] : عن ابن عباس في الحكمين انه قال : فان اجتمع امرهما على ان يفرقا او يجمعا فأمرهما جائز .

٣) ماروى عن عقيل بن ابي طالب انه نشأ بينه وبين زوجته شقاق وكانت من بني امية فبعث عثمان رضي الله عنه حكماً من اهله، وهو ابن عباس رضي الله عنه وحكماً من اهلها وهو معاوية رضي الله عنه ، لان الحكمين من اهلها اعرف بالحال ، وقال لهما : ان رأيتما ان تفرقا فرقتما .

٤) ان الله امر الزوج بقوله : « فامساك بمعروف او تسريح باحسان » فاذا حصل الشقاق تعين التسريح ، لانه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الاصلاح فلم يصلا الى نتيجة لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين .

٥) ان التفريق لدى القاضي ثبت في الشرع في عدة حالات كالعيوب مثلاً

---

(١) المهذب ٢/٧٤.

(٢) تفسير الطبري ٨/٣٢٤.

وهذا متفق عليه ، فالقاضي اذ يرسل الحكمين انما يستمدان سلطتهما منه لانه يملك التفريق فاذا مافرقا كان ذلك نيابة عن القاضي .

قال ابن حجر في فتح الباري[1] : ـ فلما كان المخاطب بذلك الحكام وان الارسال اليهم دل على ان بلوغ الغاية من الجمع او التفريق اليهم .

وبما ان القاضي بعثهما لتحقيق العدالة بين الزوجين فكما ان العدالة تكون بالاصلاح ، بينهما ، قد تقتضي العدالة التفريق بينهما ، وليس من العدالة التفريق بينهما وليس من العدالة ان يقبل القاضي حكم الاصلاح ولا يقبل حكم التفريق .

فاذا ماقرر التفريق وجب على الحاكم تنفيذ ذلك .

يقول ابن القيم في زاد المعاد[2] : والعجب كل العجب من يقول هما وكيلان لا حاكمان والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل نصبهما الى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال : فليبعث وكيلاً من اهله ولتبعث وكيلاً من اهلها . وايضاً لو كانا وكيلين لم يختصا بان يكونا من الاهل . وايضاً فانه جعل الحكم اليهما فقال : ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما، والوكيلان لا ارادة لهما انما يتصرفان بارادة موكليهما .

ويقول ابن القيم : الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا فى العرف العام ولا الخاص .

. . .

(١) فتح الباري ٩/٣٣٢ .

(٢) زاد المعاد ٤/٣٣.

رأينا في التفريق للشقاق بين الزوجين

ان الحكمين بعد ان عرفا المشكلة القائمة بين الزوجين التي استعصى حلها عليهما ، ولم يستطع الحكمان التوفيق بينهما ، كان هذا دليلا على استحالة الحياة الزوجية ، الا في جحيم لا يطاق تأباه كرامة الانسان .

واذا كان في بعث الحكمين تحقيق مصلحة للزوجين والاسرة باصلاح ذات بينهما فكذلك يبدو من المصلحة ايضاً ـ ان تعذر الاصلاح ان يكون ـ التفريق بينهما .

لان الغاية من الاصلاح هو عود الصفاء الى البيت والمودة الى القلوب وهذا اذا لم يتحقق، بل كان الصفاء والمودة في التفريق بينهما تحققت غاية الاصلاح عن طريق آخر : قال تعالى : «وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته» .

والخلاصة : فان التفريق للشقاق او للضرر كما يسميه المالكية هو في الحالة التي يشكو منها احد الزوجين للقاضي سوء معاشرة صاحبه له فينظر في امرهما فاما ان يصلح واما ان يفرق .

والتطليق للضرر بشكله الواسع انفرد به المذهب المالكي بتفصيلات وشروح واسعة تعطي الحق لاحد الزوجين في رفع امره للقاضي اثر كل نزاع زوجي عجز عن اصلاحه بنفسه او إثر اي ضرر اصابه من شريكه ، بشكل يعطي للحياة الزوجية التعادل والتكافؤ بين ربانيها بحيث لا تطغى سلطة الرجل على سلطة المرأة ولا سلطة المرأة على سلطة الرجل .

وسنبحث في هذا المذهب اهم المباديء العامة في هذا النظام باعتباره المذهب الذي استمدت منه نصوص قوانين البلاد العربية مواد التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

التفريق للضرر في المذهب المالكي

اذا اشتكى احد الزوجين من صاحبه ضررا ورفع امره الى القاضي فان اثبت الضرر المشكو منه وطلب البقاء مع زوجه زجر القاضي الزوج الآخر وعزره بما فيه الفائدة ، اما ان طلب الفراق فعلى القاضي ان يفرق بينهما .

اما اذا لم يثبت الضرر واصر المدعي على شكواه بعث القاضي الحكمين للاصلاح بين الزوجين فان تعذر عليهما ذلك فرقا بينهما ، اما على مال ان كان الضرر من الزوجة او بدونه ان كان من الزوج .

ولا حد للضرر بل يخضع لتقدير القاضي حيث يراعى ظروف الزوجين وبيئاتهما فليس كل فعل او قول مما يعتبر ضررا في بيئة يعد ضررا في بيئة اخرى .

ولا يشترط تكرار الضرر للحكم بالتفريق ان كان الضرر فاحشاً ، اما ان كان خفيفاً او كان امرا يسيرا يحدث عادة كثيرا بين الازواج فيشترط تكراره.

ويشترط بقاء الضرر حتى قيام الدعوى اما اذا رضي احدهما بعد وقوع الضرر فيسقط حقه بالمطالبة بالتفريق لاجله .

قال المواق(١) : شقاق الزوجين ان ثبت فيه ظلم احدهما حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما .

وقال المتيطي : اذا اشتكت المرأة اضرار زوجها بها ورفعت الى الحاكم امرها ، وتكررت الشكوى وعجزت عن اثبات الدعوى فان الحاكم يأمر زوجها باسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما ، فان كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزم نقلها الى غيرهم »

وقال المواق: «ولا اذكر من قال انها تسجن وقد قالوا في الزوج أنه يسجن».

---

(١) شرح المواق ٤/١٦.

وهل يشترط لبعث الحكمين تكرر الشكوى؟.. في المذهب قولان :

قال المتيطي : اذا عمي على الامام خبرهما وطال عليه تكررهما ولم يتبين له من الظالم منهما بعث حكمين .

وقال ابن عرفه : في بعث الحكمين بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى احدهما الآخر ، ولابينة ان تكررت شكواهما بعثهما لهما .

وجاء في مواهب الجليل[1]: قال ابن فرحون : **من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وايثار امرأة عليها، وضربها ضرباً مؤلماً .**

وقال الخرشي[2] : اذا ثبت بالبينة عند القاضي ان الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور انه يثبت للزوجة الخيار فان شاءت اقامت على هذه الحالة وان شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة لاضرر ولاضرار .

وفي شرح الدردير[3] : ـ ولها التطليق على الزوج بالضرر وهو مالايجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يابنت الكلب يابنت الكافر... كما يقع كثيرا من رعاع الناس . ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق .

وقال : ومتى أشهدت ببينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره . وهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم؟... قولان .

وقال : وعلى الحكمين وجوبا الاصلاح بين الزوجين بكل وجه امكن فان تعذر الاصلاح نظرا :

١) فان اساء الزوج عليها طلقا عليه بلامال يأخذانه منها له لظلمه .

---

(١) مواهب الجليل ١٧/٤.

(٢) شرح الخرشي ١٤٩/٣

(٣) الدردير على خليل ٢/ ٤٠٤

٢) وبالعكس ان كانت الاساءة منها فقط ائتمناه عليها وامراه بالصبر وحسن المعاشرة او خالعا له بنظرهما في قدر الخالع به ، ولو زاد على الصداق ان احب الزوج الفراق ، او علما انها لاتستقيم معه .

٣) وان اساءا معا اي حصلت الاساءة من كل ولوغلبت من احدهما على الآخر ،فهل يتعين عند العجز عن الاصلاح الطلاق بلا خلع ، ان لم ترض بالمقام معه؟.. او لهما ان يخالعا بالنظر على شيء يسير منها له ؟.. تأويلان .

وقال : واتيا الحاكم ان شاءا فأخبراه بما فعلا ونفذ حكمهما وجوبا .

لكن العدوي قال في حاشيته[1]: وان اساءا اي ولم تكن اساءة الزوج اشد ، والا فكأساءته ولا اساءة المرأة اشد والا فكأساءتها .

وجاء في البهجة في اثبات الضرر[2] : ان ضرر احد الزوجين للآخر يثبت بأحد امرين : اما شهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم اياهـا لمجاورتهم للزوجين او لقرابتهم منهما ونحو ذلك . واما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأن فلانا يضر بزوجته بضرب او شتم او تجويع او عدم كلام او تحويل وجهه عنها في فراشه .

وفي كمية الضرر : قال مالك : وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف .

قيام الضرر حتى الدعوى :

وقال التسولي : ولابد ان يضمن الشهود في الوجهين انهم لايعلمون ان المضر منهما رجع عن الاضرار بصاحبه واقلع عنه والا لم تعمل . فان ادعى الزوج انها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها كانت جاهلة او عالمة .

---

(١) حاشية العدوى ١٤٩/٣ .

(٢) البهجة ٣٠٢/١ .

الطلاق بيد الحاكم او بيد المرأة نيابة عنه :

وقال[1] : ان الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى ايقاعه ان طلبته الزوجة وامتنع منه الزوج ، وان شاء الحاكم امرها ان توقعه ، فعلى هذا القول لابد ان يوقعه الحاكم او يأمرها به فتوقعه واذا امرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة كما انه هو نائب عن الزوج شرعا حيث امتنع عنه .

وقال[2] : لابد من تكرار الضرر حيث كان امراً خفيفاً فإن كان ضرباً فاحشاً كان لها التطليق به ولو لم يتكرر .

ومن هذه النصوص نستطيع أن نستخلص المبادىء العامة للتطليق للضرر في المذهب المالكي :

١) المساواة بين الرجل والمرأة في طلب التفريق للضرر .

٢) لاحدود للضرر الموجب للتفريق بل يخضع لتقدير وظروف كل من القاضي والزوجين .

٣) لكل من الزوجين أن يتمسك بالحياة الزوجية ان يطلب من القاضي تعزيز الطرف الآخر بما يراه، وذلك لاخلاله بواجباته الزوجية او اضراره به أو سوء معاشرته له .

٤) اذا اثبت المدعي بشكواه اضرار الآخر به وطلب التفريق وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما وجب التفريق .

٥) اذا لم يثبت المدعي اضرار زوجه به او عجز القاضي عن الإصلاح بينهما بعث حكمين من أهله ومن أهلها .

٦) مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين فإن تعذر عليهما ذلك ، فرقا بخلع ان كان الخطأ من الزوجة أو بدونه ان كان من الزوج . ولا يجوز أن

---

(١) البهجة ١/٣٠٥ .

(٢) المصدر السابق ١/٣٠٦ .

يترك الزوجان دون توفيق او تفريق . أما اذا لم يصل الحكمان الى قرار معين فللقاضي أن يحكم غيرهما أو أن يفصل بين الزوجين فيما يراه يوافق المصلحة .

٧) والضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول ايضاً [١] .

٨ – اذا امتنع الزوج عن الطلاق ، طلق القاضي عنه ، أو كلف الزوج بطلاق نفسها .

• • •

وفي هذا اعطاء الحرية الكاملة المطلقة للمرأة في أن تعيش زوجة مع من تحب وتفارق من تحب ، فليس في الاسلام اكراه ولاضرر ، فالزوجة اذا لم ترغب بالمعيشة الزوجية المشتركة فلها ان تطلب التفريق من القاضي على ان تكون هناك اسباب معقولة يقدرها القاضي لا نتيجة طيش ونزعة هوى فان الاسرة يجب الا تنهار لمجرد رغبة طائشة او تصرف خاطيء .

• • •

---

(١) قلنا فيما سبق ان مذهب احمد يتسع للتفريق للضرر وفي هذا المعنى اي الضرر قبل الدخول قال احمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا ادخل بها الى شهر يجبر على الدخول ... قال : اذهب الى اربعة اشهر ان دخل بها داء لافرق بينهما فجعله احمد كالمولي الشرح الكبير ٨/١٣٩ .

الفرع الثاني

التفريق للشقاق والضرر

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

المطلب الاول : نصوص القوانين

نصت معظم قوانين البلاد العربية على التفريق للشقاق والضرر وعلى نظام التحكيم بين الزوجين . الا أن بعض القوانين أعطت حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج باعتباره يملك حق الطلاق ، وبعضها اعطت هذا الحق لكل من الزوجين ، كما ان بعض القوانين اشترطت ان يكون الضرر المشكو منه بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية وبعض القوانين لم تشترط ذلك .

وهناك ايضاً خلاف في القوانين العربية حول سلطة الحكمين هل يملكان التفريق ام الإصلاح فقط .

فالقانون اللبناني :

أعطى حق طلب التفريق لكل من الزوجين . كما ولم يشترط في الضرر عدم استطاعة العشرة الزوجية .

جاء في م١٣٠ : اذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم فالحاكم يعين من عائلة الطرفين حكماً واذا لم يوجد شخص لتعيينه حكماً من عائلة الطرفين او احدهما او وجد لكن غير حائز اوصــاف الحكم يعين من يناسبهم من الخارج ومجلس العائلة المتشكل على هـذه الصورة يدقق افادات ومدافعات الطرفين ويجتهد في اصلاح ذات البين واذا لم يكن الإصلاح فإن

كان القصور من جهة الزوج بفرق الحاكم بينهما، وان كان من جهة الزوجة يجري المخالعة على تمام المهر او على قسم منه .

م ١٣١ : الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن .

اما القانون المغربي :

فقد اعطى للزوجة فقط حق طلب التفريق على ان يكون لضرر لا يستطاع معه دوام العشرة وكذلك فإنه اعطى القاضي صلاحية التفريق متى ثبت الضرر دون الرجوع الى التحكيم .

جاء في الفصل السادس والخمسون :

١) اذا ادعت الزوجة على زوجها اضراره بها بأي نوع من انواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما وثبت ما ادعته ، وعجز القاضي على الإصلاح بينهما طلقها عليه .

٢) اذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين لسداد بينهما .

والقانون التونسي :

اعطى لكل من الزوجين حق طلب التفريق دون ان يحدد للضرر شكلاً معيناً كما انه قصر مهمة الحكمين على الإصلاح .

جاء في الفصل ٢٥ : اذا شكا احد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له واشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه ، يعين حكمين . وعلى الحكمين ان ينظرا ، فإن قدرا على الإصلاح اصلحا ويرفعان الأمر الى الحاكم في كل الأحوال .

أما القانون العراقي :

فإنه اعطى لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق ولكنه منع القاضي من التطليق ولو ثبت الضرر قبل بعث الحكمين .

م ٤٠ / ١ / اذا ادعى احد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، او ادعى قيام شقاق بينهما جاز له ان يطلب من القاضي التفريق .

٢) على القاضي قبل اصدار الحكم بالتفريق ان يعين حكماً من اهل الزوجة وحكماً من اهل الزوج للنظر في اصلاح البين ان وجد فإن تعذر وجودهما طلب القاضي الى الزوجين انتخاب حكمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي .

٣) على الحكمين ان يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر الى القاضي .

٤) اذا ثبت للقاضي اضرار احد الزوجين بالآخر واستمرار الشقاق بينهما وعجز عن اصلاحهما وامتنع الزوج عن التطليق فرق القاضي بينهما ويسقط المؤجل من المهر ان كان التقصير من جانب الزوجة فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما يزيد على نصف المهر للزوج .

م ٤٢ : التفريق بسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقاً بائناً بينونة صغرى .

وذهب القانونان المصري والأردني الى اعطاء حق التفريق للزوجة اذا اضرّ بها ، ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما . غير ان الأردني يختلف عن المصري بأنه لم يعط القاضي حق التفريق ولو ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح قبل ان يبعث الحكمين .

ونص القانون المصري :

م ٦ : اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكمين على الوجه المبين بالمواد التالية :

م ٧ يشترط في الحكمين ان يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان امكن والا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

م ٨ : على الحكمين ان يتعرفا اسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الاصلاح فان امكن على طريقة معينة قرراها .

م ٩ : اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج او منهما او جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ : اذا اختلف الحكمان امرهما القاضي بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

م ١١ : على الحكمين ان يرفعا الى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي ان يحكم بمقتضاه .

والقانون الاردني :

نص في المادة ٩٦ ف ١ : اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ على القاضي بعد التثبت من النزاع والشقاق وعجزه عن اصلاح بينهما بعث حكمين ..

ف ح : اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج قررا التفريق بلا عوض بطلقة بائنة وان كانت الاساءة منهما او جهل الحال فرقا بينهما على قسم من المهر بنسبة اساءة كل منهما ، وان كانت الاساءة من الزوجة فقط قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان من المناسب اخذه من الزوجه وعليهما ان يؤمنا دفع العوض قبل الطلاق .

م ٧٧ : الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن .

اما القانون السوري :

فقد اعطى حق التفريق لكل من الزوجين غير انه نص على ان الضرر يجب ان يكون أيضا بما لا يستطاع معه دوام العشرة واعطى الحكمين سلطة التفريق ايضا ان تعذر الاصلاح بينهما .

م ١١٢ ف ١ اذا ادعى احد الزوجين اضرار الاخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له ان يطلب من القاضي التفريق .

٢) اذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلقة بائنة .

٣) اذا لم يثبت الضرر او كان المدعى الزوج يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر املا بالمصالحة فان اصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من اهل الزوجين والا فمن يرى القاضي ان له قدرة على الاصلاح بينهما ...

ويرى استاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الاحوال الشخصية السوري ص ١٧٦ ان في الفقرة الاولى خطأ، والصواب : اذا ادعت الزوجة بدليل ما جاء في الفقرة الثالثة : اذا لم يثبت الضرر او كان المدعي الزوج.

غير اني ارى انه يمكن تقويم النص باضافة على الفقرة الثانية بعد قوله : اذا ثبت الاضرار: « وكان المدعي الزوجة » .

وبهذا تبقى الفقرة الاولى شاملة الزوجين والمعنى يستقيم بالنسبة للفقرة الثالثة . كما يمكن تفسير النص دون تصحيح فيه اذا قلنا ان المشرع اوجب على القاضي تأجيل المحاكمة في حالتين: اذا كان المدعى الزوج سواء ثبت الضرر او لم يثبت وذلك املا بالصلح بين الزوجين . واذا لم يثبت الضرر.

• • •

ملاحظات على مواد التفريق للشقاق والضرر

١) اجازت معظم القوانين العربية للزوجة فقط ان تطلب التفريق للضرر والشقاق، وبعض القوانين اعطت هذا الحق لكل من الزوجين .

وفي رأينا انه لا مبرر للتفرقة بينهما فالضرر كما يكون من الزوج يقع أيضاً من الزوجة ولا يكفي للرد على ذلك ان الزوج يملك الطلاق بل يجب ان تدفع الزوجة ثمن مشاكستها اذا ما تبين انها هي التي تضر الزوج وذلك عن طريق المخالعة اذا ما قرر ذلك الحكمان .

٢) اشترطت اكثر القوانين العربية بالضرر ان يكون مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين. وهذا الشرط لم اجده في كتب المالكية وقد يكون للمشرع عذره في ذلك اذ لا يجوز ان يكون اقل ضرر سبباً لطلب الطلاق، ولو استبدل النص بعبارة أخف قليلا لكان في رأيي اقرب الى المصلحة والى المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي .

٣) وكذلك فقد اختلفت القوانين العربية في سلطة الحكمين هل هي للتفريق اذا تعذر الاصلاح ام هي للاصلاح فقط. ونحن نرى ان سلطة الحكمين هي للاصلاح اولا فان تعذر ذلك وجب التفريق لانه لا يجوز ان تترك الحياة الزوجية مليئة بالشقاق والضرر دون حل .

٤) اجازت بعض القوانين للقاضي التفريق بين الزوجين اذا ما ثبت الضرر المشكو منه دون بعث حكمين . ولكننا نرى انه يجب بعث الحكمين في كل نزاع زوجي، ولا يجوز للقاضي ولو ثبت لديه الضرر ان يحكم بالتفريق قبل ان يبعث الحكمين فلعل في ذلك رجاء اصلاح بين الزوجين .

او ان اموراً لم ير احد الزوجين من المصلحة اذاعتها امام القاضي، فيشرح اسبابها امام الحكمين .

٥) يلاحظ ان القانون المصري سكت عن الحالة التي تبين للحكمين فيها ان الاساءة من الزوجة فقط وهذا قد يتلائم مع مامنحه المشرع المصري للزوجة دون الزوج حق طلب التفريق للشقاق ولكن لا يتلائم مع المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي .

أما القوانين التي اعطت الحق لكل من الزوجين بطلب التفريق فقد منحت الحكمين سلطة التفريق على مال اذا ما كانت الاساءة من الزوجة فقط .

ومن القوانين التي اعطت الحق للزوجة فقط في طلب التفريق واعطت الحكمين حق المخالعة ولو كانت الاساءة من جانب الزوجة فقط هو القانون الاردني .

ولا يسعنا امام سكوت القانون المصري عن حالة اساءة الزوجة فقط إلا أن نتساءل هل ترد الدعوى ؟ .. ام نعود الى المصدر لهذه المواد ؟ ..

يقول استاذنا الجليل الدكتور مدكور [1] : «فاذا ثبتت الاساءة من جهتها رفضت دعواها» .

ولكنا نرى انه لا يجوز ان يترك الامر دون حل فان الزوجة التي تقدمت بشكواها اكثر من مرة امام القضاء لم تعد حياتها الزوجية صالحة للبقاء فسواء كانت هي المسيئة ام الزوج فيجب التفريق بينهما فليست الحياة الزوجية مدرسة يعلم فيها الزوج زوجته كيف تكون الحياة ... انما الزواج استقرار ومودة ومحبة فاذا فقد فلم تعد صالحة للبقاء ، فوجب الفراق مخالعة وفي هذا تمشيا مع المذهب المالكي مصدر هذه المواد . ومن هذا يتضح لنا مدى ما تتمتع به الزوجة من حرية في أمر طلاقها .

...

---

(١) الزواج والفرقة في الاسلام الدكتور محمد سلام مدكور ص ٢٠٤ .

المطلب الثاني

الاجتهادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

توسع الاجتهاد القضائي المصري في التفريق للضرر بين الزوجين ووضع بذلك مبادىء قيمة اخترت منها مجموعة تعبر عن اتجاه صريح لاعطاء الزوجة حق طلب التفريق اذا ما أساء الزوج اليها اساءة فلم يقتصر على ما جاء في المادة القانونية : « بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما » بل توسع القضاء في ذلك كما سوف نرى :

الضرر امر تقديري يخضع لرأي القاضي :

في حكم لمحكمة كرموز الشرعية (١) : من الضرر الذي يوجب الطلاق ان يعمد الزوج الى غير مكان الحرث والنسل من زوجته او يتسبب في اصابتها بمرض الزهري او يشتمها ويسبها او يولي وجهه عنها في الفراش او يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر او يؤثر امرأة عليها ، او يرتكب منكراً يتعدى أثره اليها بحيث ينال من شرفها وكرامة اسرتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهاراً مع جماعة من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك .

---

(١) محكمة كرموز الشرعية ١٨ ربيع الاول ٩٥٣ في ٣٠ يونيه ١٩٣٤ ، المحاماه الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠ .

ومن الضرر ان يسب زوجته :

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [١] : اذا أثبتت الزوجة أن زوجها يضارها بالقول بالاعتداء عليها بالسب واتهامها بما يشين سمعتها ويسيء اليها مما يجعل دوام العشرة بينهما غير محتمل ولا يستطاع، ومن ثم يتعين اجابتها الى طلب التطليق منه طلاقاً بائناً .

ومن الضرر ابتزاز اموال زوجته :

في حكم لمحكمة السيدة الجزئية الشرعية [٢]: من الضرر الموجب للطلاق ابتزاز الزوج اموال زوجته لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية .

الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة :

جاء في حكم لمحكمة الواسطي الشرعية [٣] : لايجاب طلب الزوجة التفريق لضرر لضرب الزوج لها واهانته لها بمباشرتها له بعد ، مما يدل على أن ما حصل لها من الضرب والاهانة مما يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها .

وفي هذا المعنى قالت محكمة القاهرة الابتدائية [٤]:

اذا ثبت أن الزوج لم يسيء لزوجته اية اساءة لا يستطاع معها دوام العشرة بين امثالها وأقرت صراحة انه لم يعتد عليها بالضرب او السب وانها هي التي ترغب في الطلاق لما تشعر به من أن اهله غير راغبين فيها فإن هذا لا يبرر تطليقها للضرر مادام الزوج لم تصدر منه أية اساءة ولأن علاقة الزوجة بأهل زوجها لا يصح ان تكون لها أي تأثير على الحياة الزوجية .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٨/٢٥ .

(٢) محكمة السيدة الجزئية الشرعية ١٢ ربيع الاخر ١٢٦٨ في ١٠ فبراير ٩٤٩ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠ .

(٣) محكمة الواسطي الشرعية ٢٤ شعبان سنة ١٩٥٣ في ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ س ٧ ع ١ ص ٢٠٢ .

(٤) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٢/٢٨ .

استحكام الخلاف بين الزوجين سبب موجب للتفريق ولو كان من جهة الزوجة :

جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الشرعية الجزئية [1] :

١) نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر .

٢) اذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذر الوفق وظهر أن قصد الزوج من الابقاء على الزوجية هو كيد الزوجة وإعناتها كان ذلك مسوغاً لتطليقها منه .

الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبله :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية [2]: الهجر ضراراً كما يكون بعد الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغاً لطلب التفريق .

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة الجيزة الشرعية [3] :

١) المراد بالعشرة الواردة بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ الاختلاط والمخالطة وهي كما تكون بعد الدخول تكون قبله .

وهذا يتفق ما جاء في المذهب المالكي من أن التفريق للضرر ، كما يكون بعد الدخول قد يكون قبل الدخول طالما مناط التفريق هو الضرر .

---

(١) محكمة الزقازيق الشرعية الجزئية ١٥/٥/١٩٤٩ .

(٢) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ١٧ شوال ١٩٥٣، في ٢٢ يناير ٩٣٥ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٤٤٦ .

(٣) محكمة الجيزة الجزئية الشرعية ١٥ ربيع الأول ١٣٧٢ في ٣ ديسمبر ١٩٥٢ المحاماة الشرعية س ٢٤ ع ٧ ص ٤١٩ .

الشروع بقتل الزوجة يعتبر ضرراً مسوغاً للتفريق :

في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية[1] : اذا كان المدعى عليه متهماً بالشروع في قتل زوجته المدعية وانه حكم عليه من المحكمة بالاشغال الشاقة خمس سنوات فإن الدعوى على هـذا الاساس تكون مقبولة من ناحيتين من نواحي الضرر :

١) سجنه لمدة أكثر من ثلاث سنوات مع مضي أكثر من سنة على الحبس .

٢) كما ان الجريمة التي سجن من اجلها هي إضرار بالمدعية ، فليس هناك ضرر اكثر من الشروع في قتلها مما يجعلهـا مستحقة للطلاق عملاً بالمادة ٦ من نفس القانون .

التطليق للضرر المعنوي :

اعتبرت محكمة اسيوط[2] : أن مجرد ارسال خطـاب الى الزوجة من زوجها وفيه عبارات جارحة سبباً موجباً للتفريق قالت : اذا كشفت عبارات الخطاب عن ألفاظ جارحة ونزغات عدوانية صارخة مهينة لكرامـة الزوجة وطعن في كبرياء مثلها ممن يحترف تربية النشء فانه يعتبر اضراراً معنوياً كبيرا تستحيل معه الحياة الزوجية ويجيز الحكم بالطلاق .

ومن الضرر اتهام زوجته بالزنا :

جاء في حكم لمحكمة بني سويف[3] : اذا رمى الزوج زوجتـــه بالزنا علنا

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/٦/٢٣ صالح حنفي ٢٢١/٢ .

(٢) محكمة اسيوط الابتدائية ١٩٥٨/١٢/٢ .

(٣) محكمة بني سويف الكلية الشرعية ٦ جمادي الثانية ١٣٧٣ في ١٠ فبراير ١٩٥٤ المحاماة س ٢٤ ع ٧ ص ٣٧٦ .

وبصفة رسمية وظهرت براءتها منه بحكم قضائي كان ذلك اضرارا بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقتها .

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة بنها الابتدائية (٢) : اذا استقر في نفس الزوج ان زوجته زانية وانها تسلك سبيل البغايا واصر على توجيه هذا القول اليها وعلى اعتدائه عليها بالضرب فانه يصبح من غير المستطاع دوام العشرة بينهما ويتعين الحكم للزوجة بالطلاق للضرر عملا بالمادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

هل يعتبر فسق الزوج ضررا يوجب التفريق :

حكمت محكمة كرموز الشرعية(٣) : المناط في الضرر الذي يجوز للزوجة ان تطلب التطليق من اجله هو لحوق الاذى بها من زوجها سواء في بدنها او عرضها . ففسق الزوج لايوجب تطليق زوجته ما لم يتعد اثره اليها .

على ان لنا في هذا الحكم نظر ، وهو أنه طالما مناط التفريق هو الضرر ، فالزوجة الصالحة المسلمة قد تتضرر من فسق زوجها وفجوره كما اذا كان يتعاطى المسكرات ويعاشر الفتيات غير الشريفات ، الى آخر مايصاب به الشباب الماجن من ضروب الفتن والاغراء . كل هذا ضرر يصيب الزوجة في شعورها وكرامتها وامرتها وينعكس نحو اولادها . اننا نرى ان فسق الزوج بما يخرجه عن المألوف اذا كان يعرض سمعة الزوجة او الاسرة الى الانهيار سبب موجب للتطليق .

---

(٢) محكمة بنها الابتدائية ١٦/١٢/١٩٥٦ .

(٣) محكمة كرموز الشرعيـــة ١٨ صفر ١٩٥٣ في ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٨٧ .

التفريق لهجر الزوج زوجته :

سواء كان الهجر في الفراش ام كان هجرا خارج البيت .

الهجر في الفراش : في حكم لمحكمة جرجا الشرعية[1] : هجر الزوج فراش زوجته من الاضرار الموجبة للتطليق .

هجر البيت : في حكم لمحكمة المنيا[2] : اذا قامت الزوجة في منزل ذويها في بلد ما واقام الزوج في بلد آخر ودام ذلك سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز للزوجة ان تطلب الى القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

وفي حكم لمحكمة الدر الشرعية[3] : هجر الزوج زوجته سنة فاكثر وتركه اياها في بلده بدون ان يحضر لها فيها مرة واحدة بما لا تحتمله الزوجة عادة موجب لتطليقها عليه . ولا يمنع من ذلك ادعاؤه الانفاق عليها أو أن غيابه كان للسعي وراء الرزق .

على اننا نرى في هذه الاحكام ان تحديد الهجر بسنة كاملة مدة طويلة قد لاتصبر الزوجة عليها ، ويبدو لي ان تحديد ذلك باربعة اشهر وهي مدة الايلاء التي حرم الله فيه على الزوج هجر زوجته اكثر من اربعة اشهر ، وبهذا تتحقق المصلحة ووضع حد لردع التعسف في الحقوق الزوجية المشتركة .

اذا تكررت الشكوى بعث القاضي حكمين :

جاء بحكم لمحكمة الازبكية الشرعية[4] : اذا تكرر رفع دعوى طلب

---

(١) محكمة جرجا الشرعية حكم ٢٢ ربيع الاول ١٣٥٢ في ١٥ يوليو ٩٣٣ المحاماة س ٥ ع ٥ ص ٥٧٨ .

(٢) محكمة المنيا الكلية ١٩٥٦/٥/٢١ حنفي ٢٠٦/٢ .

(٣) محكمة الدر الشرعية ٢٤ محرم ١٣٥٧ في ٢٦ مارس ١٩٣٨ المحاماة . ١ س ع ٢ ص ١٧٨ .

(٤) محكمة الازبكية الشرعية ١٧ رجب ١٣٤٨ س ٢ ع ٢ ص ١٧١ .

التطليق للضرر بعد رفعها للعجز عن الاثبات لاتقبل الا اذا ادعت مدعيتها استمرار الضرر ان كان مما يقبل الاستمرار .

تفريق الحكمين ان كان الضرر من الزوج :

في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية [1] : يعين القاضي حكمين عند تكرر طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان ان الضرر من قبل الزوج .

تفريق الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية :

جاء في قرار لمحكمة النقض السورية [2] : يتوجب على الحكمين ، عند تعذر استمرار الحياة الزوجية ، ايقاع التفريق بين الزوجين ، ولا يحق للقاضي الحكم بالبينونة الصغرى اذا كان تقرير الحكمين خلواً من الحكم بالتفريق .

يجب ان يكون الحكمان من الاهل ان لم يتعذر ذلك :

قررت محكمة النقض السورية [3] : ان كون المحكمين من الاقارب هو من النظام العام ، ولا يصار الى تعيين الاباعد الا عند التعذر .

* * *

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٥ رمضان ١٣٥٣ في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ع ٢ ص ٣٩١ س ٦ .

(٢) قرار النقض السورية في ١٩٥٣/٣/١٩ .

(٣) قرار النقض السورية في ١٩٦٠/٦/٢٨ .

هل يعتبر تعدد الزوجات ضرراً يبيح للزوجة طلب التفريق لأجله؟..

رأينا ان القضاء توسع في التطليق للشقاق والضرر تمشياً مع المصلحة ، ومع تطور الزمن فقد اصبح من الصعب ان يجبر انسان على مشاركة زوجه حياته كلها وهي على خصام وفي شقاق دائم .

ونلاحظ ان لجوء المحاكم الى هذا السبيل مرده مرونة القانون الذي لم يحدد الضرر لا من حيث الكيف ولا من حيث الكم بل ترك تقدير ذلك للقاضي من جهة ، وان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي ، وقد لمسنا من نصوص فقهاء المالكية هذه المرونة ايضاً حتى انهم اعتبروا مجرد تحويل وجه الزوج عن زوجته سبباً مبرراً لطلب الطلاق .

والآن نود بحث موضوع قد يكون جديداً،وهو تعدد الزوجات لا من حيث مشروعيته بل من حيث أثاره على الزوجة الأولى والثانية ، وبمعنى اوضح هل يحق لأحدى الزوجات ان تطلب التفريق من القاضي للضرر حيث تزوج زوجها، او وجدت زوجة اخرى تشاركها حياتها مع زوجها ؟

نقل الطبري عن ابن عباس[1] في تفسير قوله تعالى: «وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير» .

قال:فتلك المرأة تكون عندالرجل ، لايرى منها كبير مايحب وله امرأة غيرهاحب اليه منها، فيؤثرها عليها، فأمره الله اذا كان ذلك، انيقول لها: ياهذه ان شئت ان تقيمي علي ماترين من الأثرة فأواسيك وانفق عليك ، وان كرهت

---

(١) تفسير الطبري ٩/٢٧٢ .

خليت سبيلك ، فان هي رضيت ان تقيم بعد ان يخيرها فلا جناح عليه وهو قوله : والصلح خير ، وهو التخيير .

ونقل ايضاً عن السدّي في تفسير هذه الآية :

قال : المرأة ترى من زوجها بعض الحظ[1] (وفي المخطوطة بعض الجفاء) وتكون قد كبرت او لا تلد ، فيريد زوجها ان ينكح غيرها ، فيأتيها فيقول : « اني اريد ان انكح امرأة شابة اشب منك ، لعلها ، ان تلد لي واوثرها في الأيام والنفقة ، فان رضيت بذلك ، والا طلقها .

. . .

وفي رأيي انه يجب ان نفرق بين الزوجة الأولى أو الثانية في عدة حالات :

١ – فبالنسبة للزوجة الأولى : اذا تزوج زوجها عليها فهل لها ان تطلب التفريق للضرر ؟ ..

آ – اذا شرطت الزوجة حين عقد الزواج انه لايجوز لزوجها ان يتزوج عليها وإلا كان لها حق الفسخ ، جاز الشرط ولزم ، فاذا تزوج عليها كان لها حق طلب الفسخ او الطلاق من القاضي .

ب – اما اذا لم تشترط ذلك فهل يحق لها طلب التفريق ؟ ..

اذا نشأ عن التعدد ضرر كعدم العدالة بين الزوجات او ايثار زوجة على اخرى فهذا سبب يجيز لها طلب التفريق لأنه لايختلف عن اي ضرر يصيب الزوجة من زوجها او احد اقربائه .

اما اذا لم ينشأ ذلك فهل يعتبر مجرد الزواج بزوجة ثانية ضرراً على الزوجة الأولى يجيز لها طلب التفريق ؟ ..

في رأيي ان مجرد التعدد ليس ضرراً ولايجوز ان يتخذ قرينه على الضرر لأنه قد يكون له من الموجبات والاسباب مايبيح له ذلك .

كما اننا لانستطيع ان نعتبر مجرد الزواج ضرراً وإلا منعنا الزوج من

---

(١) يريد بذلك بعض البخس من حقها ، والفتور في مودتها .

التعدد أصلا ، وفي منع التعدد بحث طويل ولكن حسبنا أن نشير الى ان صلة التعدد بالطلاق صلة وثيقة فاذا نحن منعنا التعدد زادت نسبة الطلاق نسبة فاحشة .

٢ ـ اما بالنسبة للزوجة الثانية :

آ ـ اذا كانت تعلم حين عقد الزواج انه متزوج فقبلت بذلك كان هذا رضاء صريحاً منها في قبولها الأمر الواقع لضرورات هي ادرى بتقديرها ، ومن الظلم ان نمنع زوجة رضيت بمحض اختيارها وحسب ظروفها ان تعيش مع زوجة اخرى .

ب ـ اما اذا لم تعلم الزوجة الثانية بأن زوجها متزوج فتزوجته على انها زوجته الوحيدة ، فاذا بها تفاجأ بأن له زوجة اخرى ، ففي رأينا : يحق لها طلب الفسخ لأمرين :

١ ـ للتغرير من زوجها حيث لم يعلمها بأنه متزوج .

٢ ـ ولأنها تزوجته على شرط ملحوظ وهو أنه غير متزوج .

والشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ ، وهنا يبدو لي ان هذا الشرط لايصح اعتباره بالنسبة للزوجة الأولى ، لأن احتمال ان الزوج سيتزوج على زوجته اكثر من احتمال ان يكون الخاطب متزوجاً زوجة اخرى لاتزال في عصمته .

جاء في القانون المغربي :

الفصل ٣ : ف٢ : للمتزوج عليها ، اذا لم تكن اشترطت الخيار ، ان ترفع امرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها . ولا يعقد على الثانية إلا بعد اطلاعها على ان مريد الزواج منها متزوج بغيرها .

فصل ٣١ : للمرأة الحق في ان تشترط في عقد النكاح ان لايتزوج عليها زوجها وانه اذا لم يف الزوج بما التزم به يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح .

ان الشرع الاسلامي حين اباح التعدد فانما اباح ذلك لضرورات تقتضيها الحياة الزوجية وما ينشأ عنها من امور قد تستوجب الطلاق مثلاً كما لو كانت زوجته الأولى عقيماً او مريضة فهل يطلقها ام يتزوج عليها ؟ ..

وقد احاط الشارع هذا التعدد بقيود ليس من السهل توافرها ، فان توافرت ضمنت للاسرة سعادتها ، وان لم تتوافر كان لكل من الزوجين حق طلب الطلاق من القاضي .

وقد نصت معظم قوانين البلاد العربية على شروط للتعدد منها القدرة على الانفاق وحسناً فعلت[1] .

• • •

---

(١) راجع في هذا البحث : شرح قانون الاحـوال الشخصية السوري للدكتور السباعي . القانون المغربي . المغني ٨/١٤١ . الانصاف ٨/٣٥٤ . نظام الاسرة للدكتور صلاح الناهي ص ٨٧ . مواهب الجليل ٤/١٣ . التاج المذهب ٢/٧٣ . الروض النضير ٤/٧١ . شرح الخرشي ٣/١٤٢ . مغني المحتاج ٣/٢٠٢ .

المطلب الثالث

المواد المقترحة

١) اذا اشتكى احد الزوجين اضرار الآخر به او حصول شقاق بينهما وطلب التفريق فللقاضي ان عجز عن الاصلاح بينهما ان يبعث حكمين للنظر في امرهما .

٢) على الحكمين الاصلاح بين الزوجين فان عجزا عن ذلك فرقا بينهما فان كانت الاساءة من الزوج فرقا بدون مال وان كانت الاساءة من الزوجة فرقا بمال يأخذانه منها الى الزوج على ان لا يتجاوز ما دفعه اليها .

* * *

الفرع الثالث

التفريق للغيبة او للسجن

المطلب الاول : اراء المذاهب

من انواع التفريق للضرر بين الزوجين هو غياب الزوج عن زوجته مدة لا تحتملها عادة فخشية فتنة الزوجة من جراء هذا الغياب اجازت بعض المذاهب للزوجة طلب التفريق للضرر من القاضي ، ومذاهب اخرى لم تجز ذلك.

ذهب الاحناف والشافعية والظاهرية الى انه لا يجوز التفريق بناء على غيبة الزوج وان تضررت الزوجة بذلك لانه لم يثبت بذلك اثر يجيز هذا التفريق .

وقال مالك واحمد وبعض الزيدية ومتأخرو الجعفرية بجواز ذلك .

الاحناف :

فالاحناف تمشياً مع اصلهم انه لا طلاق الا لمن اخذ بالساق فهم لم يجيزوا التفريق لدى القاضي الا في العيوب وفي عيوب محددة .

الشافعية :

وذهب الشافعية كذلك الى عدم التفريق فقد جاء في الام[1] :

« لم اعلم مخالفا في ان الرجل والمرأة لو غابا او احدهما برآ او بحرآ ، علم مغيبهما اولم يعلم ، فماتا او احدهما ، فلم يعلم لهما بخبر ، او اسرهما العدو فصيروهما الى حيث لا خبر عنهما ، لم نورث واحدآ منهما بصاحبه الا بتعين وفاته قبل صاحبه ، فكذلك عندي امرأة

---

(١) الام الجزء الخامس ص

الغائب اي غيبة كانت مما وصفت او لم اصف بأسار عدو او بخروج الزوج ، ثم خفي مسلكه ... لا تعتد امرأته ولا تنكح حتى يأتيها يقين وفاته .

الظاهرية :

وقال ابن حزم[1] : لا يجوز فسخ نكاح أحد بغيبه ولا ايجاب عدة ممن لم يصح موته ولا ان يطلق احد عن غيره .

الزيدية :

اما الزيدية فقد ذهب صاحب الروضة الندية الى التفريق بسبب الغيبة فقال[2]: « واذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز ، واذا جاز الفسخ للعنة فجوازه للغيبة الطويلة اولى لانه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساك ضروراً والنهي للازواج عن الضرار في غير موضع فوجب دفع الضرار عن الزوجة بكل ممكن واذا لم يمكن الا بالفسخ جاز ذلك بل وجب . »

ويلاحظ انه لم يحدد اجلا معينا للغيبة لانه امر اجتهادي يخضع لتقدير القاضي ولاختلاف الظروف والبيئات .

الجعفرية :

لم اجد في كتب الجعفرية المتقدمين من اجاز التفريق لغياب الزوج تمسكا باصالة العقد وان الاصل في الطلاق ان يكون بيد الرجل الا ما جاء به نص على ان يكون بيد القاضي ولا نص بذلك ولهذا فلا يجوز التفريق .

---

(١) المحلى ١٠/١٤٢ .
(٢) الروضة الندية ٢/٥٦ .

غير ان بعض المتأخرين من رجال الفقه الجعفرية اجازوا للزوجة ان تطلب التفريق لغياب زوجها اذا تضررت من جراء ذلك .

جاء في المادة ١٤٠ من كتاب الفصول الشرعية[١] :

اذا غاب الزوج ولم يكن له مال تنفق منه الزوجة ولا متبرع بالانفاق عنه ، فان عرف مكانه ارسل اليه الحاكم انذاراً بأن يرسل اليها النفقة او يحضر اليها او يطلبها اليه او يطلقها مختاراً ، ويضرب له اجلايتناسب مع مقتضى الحال ، فان تمرد عن ذلك كله طلقها الحاكم .

وان جهل مكانه ولم يعلم موته ولاحياته ، ورفعت الزوجة امرها الى الحاكم يؤجلها اربع سنوات من تاريخ رفع الامر يحق ، ويتفحص عنه طوال هذه المدة ، فان لم يظهر له على اثراً من الحاكم ولى الزوج بأن يطلقها فان لم يكن له ولى . او كان وامتنع عن الطلاق طلقها الحاكم .

وقال الشيخ جواد مغنيه في تعليقه على هذه المادة[٢] :

طلاق زوجة الغائب المعلوم بالشروط المذكورة هي الفتوى الشهيرة للمرحوم السيد ابو الحسن وعمل بها خلق كثير في حياته .

---

(١) الفصول الشرعيه ص ٨٠ .

(٢) المصدر السابق ص ٨١ .

الحنابلة :

قال الحنابلة اذا غاب الزوج عن زوجته بدون عذر مدة تتضرر بها الزوجة فلها ان تطلب التفريق من القاضي وحدد الامام احمد هذه المدة بستة اشهر لما روى عن عمر بن الخطاب انها اقصى مدة يمكن ان تصبر خلالها المرأة .

جاء في المغني[1] : وان سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها ... وان طال سفره لذلك لايصح نكاح زوجة المفقود اذا ترك لامرأته نفقة . وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فان احمد ذهب الى توقيته بستة اشهر . فانه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته ؟.. قال : سته اشهر يكتب اليه فان ابى ان يرجع فرق الحاكم بينهما .

المالكية :

اما المالكية فقد توسعوا في التفريق لغياب الزوج اذا تضررت الزوجة من ذلك فلم يفرقوا بين غياب بعذر وغياب بدون عذر بل كل غياب تضررت منه الزوجة كان لها الحق في طلب التفريق

كما ان في المذهب خلافاً حول المدة التي يغيب بها الزوج قيل ثلاث سنوات وقيل سنة وهو الارجح .

جاء في منح الجليل[2] : واما الغائب فالثلاث السنين ليست طولا عند الغرباني وابن عرفه ، وظاهر المدونه ان السنة طول ، وعليه ابو الحسن البرزلي ، ويكتب له ان كانت تبلغه الكتابة اما ان يقدم او تنقل زوجته اليه ، او تطلق عليه ، فان استنتج من ذلك تلوم له بالاجتهاد ثم ان شاءت طلق عليه واعتدت ، فان لم تبلغه الكتابة طلق عليه بضررها بترك وطئها ، وهي مصدقة فيه وفي خوفها زناها ،

---

(١) المغنى ٨/١٤٣ .

(٢) منح الجليل ٢ ٣١٣ .

وهذا ان دامت نفقتها حقيقة او حكماً من ماله ، بأن ترك لها ماتنفق منه ، وان لم يعينه لها .

وأما زوجة السجين فتقاس على زوجة الغائب بجامع الضرر بينهما اذ زوجة كل منهما تتضرر من بعدزوجها عنها سواء كان غائباًام مسجوناً.

جاء في الاختيارات العلمية[1]: ـ القول في امرأة الاسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به اذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود بالاجماع كما قاله ابو محمد المقدمي .

---

(١) الاختيارات العلمية ص ١٤٦ .

المطلب الثاني

مواد التفريق للغيبة او الحبس

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

لبنان :

م ١٢٦ : اذا اختفى زوج امرأة او ذهب لمحل مدة سفر او أقرب وتغيب او فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد اجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما .

م ١٢٧ : اذا ترك رجل مالا من جنس النفقة وتغيب وراجعت زوجته الحاكم وطلبت، التفريق فالحاكم يجري التحقيقات اللازمة بحق الرجل المذكور، فاذا حصل يأس من اخذ خبر بمحله وحياته او بماته يؤجل ذلك اربع سنوات اعتباراً من تاريخ اليأس واذا لم يمكن اخذ خبر بظرف هذه المدة واصرت الزوجة على طلبها يفرق الحاكم . واذا كانت غيبة الزوج في المحاربة فالحاكم يحكم بالتفريق بعد مرور سنة من عودة الطرفين المتحاربين واسراهما لمحلاتهم وعلى كلا الحالتين ، فالزوجة تعتد بعدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم .

العراق :

م ٤٣ : اذا غاب الزوج سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وكان معروف الاقامة جاز لزوجته ان تطلب الى المحكمة التفريق للضرر وان كان له مال تستطيع الانفاق منه .

م ٤١ : لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر ان تطلب الى المحكمة التفريق للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الاردن :

نص في المادة ٩٢ بما جاء في القانون اللبناني في مادتيه ١٢٦ و ١٢٧ وزاد على ذلك : ـ م ٩٣ : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

تونس :

لم ينص على احكام الغائب والسجين .

مصر :

م ١٢ : اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائناً اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

م ١٣ : ان امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضي اجلا واعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها . فاذا انقضى الاجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقه بائنة . وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا اعذار وضرب اجل .

م ١٤ : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فاكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

المغرب :

نص على التفريق للغيبة في الفصل السابع والخمسون وهو مشابه للقانون المصري تماماً الا انه لم يذكر شيئاً عن احكام السجين .

سوريا :

م ١٠٩/١/ اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول او حكم بعقوبة السجن اكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب او السجن ان تطلب الى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢) هذا التفريق طلاق رجعي ، فاذا رجع الغائب او اطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

ملاحظاتنا : ونلاحظ ان القانون السوري اعتبر التفريق بسبب الغيبه او السجن طلاقاً رجعياً خلافاً لما ذهت اليه القانون المصري حيث اعتبره بائناً .

ويبدو لي ان في اعتبار الطلاق رجعياً في هذه الحالة تمشيا مع القانون في تفريقه للاعسار حيث اعتبره رجعياً مشروطاً بالقدرة على الانفاق كما سنرى بعد قليل .

وفي كلتا الحالتين وان كانت الزوجة هي التي طلبت التفريق فان الرجعة لاتجوز ان تكون ضد رغبتها لئلا يفوت مقصودها من طلب الطلاق إلا انه من الواضح ان طلب التفريق للغيبة هنا سببه بعد الزوج عنها لالشيء أخر فاذا عاد اليها وهي في العدة فقد حصل مقصودها ولم تفوت الرجعة ماقصدته، بل حققته لها .

ولهذا فانني ارجح ماذهب اليه القانون السوري لما سلف ذكره وللابقاء على الحياة الزوجية والتضييق من نطاق الطلاق ما امكن لذلك سبيلاً .

كما ان في تحديد مدة الغيبة او السجن سنة كاملة اخذاً من المذهب المالكي خلافا للمذهب الحنبلي هو أقرب للمصلحة للحرص على الإبقاء على الحياة الزوجية .

. . .

المطلب الثالث

الاجتهادات القضائية في الغائب والمحبوس

الغياب بدون عذر مشروع :

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[1] : اذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بدون عذر مقبول يباح لزوجته ان تطلب تطليقها منه بائناً اذاتضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

لابد من الاعذار قبل التطليق :

في حكم لمحكمة ادفو الشرعية[2] : اذا غاب الزوج عن زوجته الى بلد قريب او بعيد معلوم او غير معلوم بلا عذر شرعي سنة فأكثر وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها ان تطلب التطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه وللقاضي ان يعذر عليه اذا امكن والا طلق عليه بدون اعذار .

أما السجين فلا بد من الحكم عليه ثلاث سنين حتى يحق لزوجته طلب التفريق :

في حكم لمحكمة السيدة الشرعية[3] : ان المدعى عليه مقيد الحرية ... فاذا كان قد هجرها في المضجع فان ماقد حصل من ذلك كان قهراً عنه وبلا ارادة منه ومدة السجن اقل من ثلاث سنوات فلايؤخذ به عدالة عملا بهذه النصوص .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/١/٢٦ .

(٢) محكمة ادفو الشرعية ٢٠ نوفمبر ١٩٤٣ عدد ٥١٤ محاماة شرعية ص ١٣٥ .

(٣) محكمة السيدة الشرعية ١٦ ربيع الثاني ١٣٥٣ في ٢٨ يوليو ١٩٣٤ المحاماة س ٦ غ ٦ ص ٧٩٩ .

ولابد من مضي سنة على حبسه :

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [1] : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

. . .

هذه هي أهم أسباب الطلاق لدى القاضي في الشريعة الاسلامية ، لم اتعرض لغيرها ضمن حدود بحثي وخشية الإطالة [2] .

. . .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/١٢/٢١ .

(٢) رغبت والرسالة تحت الطبع أن أضيف فصلاً في هذا الباب وهو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط ، ولما كان الاستاذ المشرف لم يطلع على هذا البحث حين الموافقة ظناً مني أن هـذا أقرب إلى بحث العقد ومدى ما يتمتع به العاقد أن في الاشتراط . فقد حاولت الاتصال بسيادته فلم يتيسر لي ذلك ولهذا فاني اثبت أهم مايتعلق بهذا الموضوع من مبادىء :

اختلف الفقهاء في مدى مايتمتع به الزوجان من الاشتراط اثناء عقد الزواج ، فهل كل شرط صحيح ؟. وإذا لم يكن كذلك فهل يبطل العقد أم يلغو الشرط والعقد صحيح .

الظاهرية : ١ – كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ٢ – وبطلان الشرط يقتضي بطلان العقد ٣ – واستثنوا من الشروط شرط السلامة من العيوب .

الزيدية : ١ – إذا خالف الشرط مقتضى العقد . فالشرط باطل والعقد صحيح إلا إذا شرطت أن لايطأها فيبطل العقد .

٢ – إذا تنازلت الزوجة عن شيء من مهرها لقاء ماشرطت صح الشرط فان لم يف رجعت عليه بالنقصان .

الاباضية : ١ – الشرط الذي فيه منفعة ولا يخالف مقتضى العقد فهو صحيح .

٢ – الوفاء بالشرط واجب للزوجة ولها أن تلزمه بذلك .

=

... ...

= ٣ – إذا لم يف الزوج بالشروط فللزوجة أن تطلق نفسها .

٤ – الفرقة للاخلال بالشرط فسخ لا رجعة فيه .

الامامية : ١ – كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل والعقد صحيح .

٢ – وكل شرط لم يخالف مقتضى العقد كان صحيحاً والزم الزوج بالوفاء به ، اما إذا أخلف لا يحق للزوجة طلب الفسخ .

فاذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لاتخرج من بلدها ، أو أن يسكنها في منزل معين فالشرط صحيح وملزم ولكن إذا اخلف بالشرط فسافر لا تلزم الزوجة بالسفر معه ولا تعد ناشزه بمعنى أن النفقة تستمر وهي على شرطها . – راجع خلاف ذلك للاستاذ الخفيف في فرق الزواج ص ٢٦ .

المالكية : ١ – إذا شرط ما يوافق مقتضى العقد كان الشرط صحيحاً وملزماً . وفي رأينا أن هذا الشرط وعدمه سواء ، كما لو شرط عليها أن لايؤثر غيرها من نسائه عليها أو أن لايمتنع عن الانفاق عليها .

٢ – إذا شرط شرطاً لايقتضيه العقد فهذا نوعان :

نوع لاينافي مقتضى العقد ولا يؤدي الى الاخلال بشرط من شروط صحته فهذا ملزم يجب الوفاء به وإلا فسخ العقد . كالو شرطت عليه ان لايتزوج عليها فالشرط صحيح ملزم .

راجع خلاف ذلك للاستاذ الخفيف في كتابه المعاملات ص ٢١٣ .

والنوع الثاني : شرط غير صحيح غير أنه إن أدى إلى الاخلال بصحة العقد كان موجباً لبطلان العقد المشترط فيه .

الشافعية : ١ – إن خيار الشرط في النكاح يبطل النكاح لأن النكاح مبناه اللزوم فشرط مايخالف صحته .

٢ – الشرط اذا خالف مقتضى العقد لغا وصح العقد كشرط ان لايطأها .

٣ – الشرط اذا وافق مقتضى العقد كان صحيحاً كشرط النفقة .

٤ – واختلفوا في الشرط الذي فيه غرض ومنفعة فقالوا : ان كان للزوجة في الشرط مصلحة كان الشرط صحيحاً وإلا كان فاسداً ولم يحددوا ماهية الغرض ولا تفسير المصلحة فهي كلمة تتسع لمعان وتفسيرات شتى .

واعتبروا شرط عدم التزوج ثانية شرطاً صحيحاً ملزماً .

الاحناف : ١ – كل شرط وافق مقتضى العقد ، أو يؤكد موجبه أو جرى به العرف ، أو ورد به الشرع كان واجب الوفاء .

٢ – وكل شرط زاد على مقتضى العقد ولم يرد به الشرع ولاجرى به عرف ، وكان فيه =

... ...

= نفع لأحد العاقدين كان شرطاً فاسداً فيلغو ويصح العقد كما لو اشترطت أن لا تخرج من بلدها.

الحنابلة : توسع الحنابلة في الشروط فقالوا كل شرط فيه منفعة ولا يشمل بقاء ود عقد النكاح فهو صحيح ولازم لقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . ولقوله عليه السلام: ان احق الشروط إن توفوا به ما استحللتم من الفروج .

فللزوجة عند الحنابلة أن تشترط عدم السفر من بلدها ، والا يتزوج عليها ، فاذا لم يف الزوج بذلك كان لها حق طلب فسخ النكاح .

ولا فرق بين اشتراط الزوجة أو الزوج في ذلك .

والخلاصة : يبدو لي أن سبب الخلاف في التوسع في الشروط والتضييق فيه هو الخلاف في اثار العقد هل هي من عمل الشارع أم من عمل العاقد ؟ ...

قال بعضهم : ان اثار العقود من عمل الشارع لا العاقد فارادة العاقد تظهر حين انشاء العقد فقط والشارع هو الذي يرتب اثار ذلك .

وقال بعضهم : ان العقود تنشأ وتوجد بارادة العاقد وان اثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة .

والذي أراه : ان اثار العقد هي من عمل العاقد ضمن حدود الدائرة التي رسمها الشارع .

فللزوجة ان تشترط حين الزواج كل شرط لايخالف نصاً والزوج ملزم بالوفاء به وإلا كان لها حق الفسخ لان الرضا حين التعاقد تم على اساس هذا الشرط بحيث لو لم يتحقق لاختل الرضا وهو ركن في العقد .

مراجع هذا البحث :

المعاملات احمد ابراهيم ص ١٠٠ ، المعاملات للشيخ علي الخفيف ص ٢١٢ . بحث هام في الشروط في مجلة القانون للدكتوو زكي الدين شعبان . المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٣٤٣ . المدخل الفقهي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٦٣ . آثار عقد الزواج للاستاذ محمد ابو زهرة ص ١٩٨ . الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد ابو زهرة ١٩٨ . فرق الزواج للشيخ علي الخفيف ص ٣٢٦ . أحمد بن حنبل للشيخ محمد ابو زهرة ص ٣٣٦ .

وراجع ايضاً :

الفتاوى الهندية ٣٩٦/٤ . مغني المحتاج ٢٢٦/٣ . نهاية المحتاج ٩/٦ شرح الخرشي ١١٦/٣ مواهب الجليل ٥٤/٣ ، الروضة البهية ١٢٧/٢ تحرير الأحكام ٢٤/٢ الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦ ، المنتزع المختار ٢٣٩/٢ التاج المذهب ٢٩/٢ ، شرح النيل ١٧٩/٣ المحلى ٤١٢/٨ فتاوى ابن تيمية ٣٤٦/٣ الاختيارات العلمية ص ١٢٩ المغني ٥٧٣/٧ كشاف القناع ٧٦/٥ زاد المعاد ٥/٤ الانصاف ١٥٤/٨ .

المبحث الثاني

التفريق للضرر لدى اليهودية والمسيحية

الفرع الأول

التفريق للضرر عند اليهود

التفريق للضرر او الشقاق بين الزوجين في الشريعة اليهودية حق لكل متضرر منهما فاذا كان الضرر من الزوجة اعتبر هذا مسوغاً للطلاق اذا طلق الرجل زوجته وسقطت حقوقها المالية. اما اذا كان الضرر من الزوج فللزوجة أن ترفع الأمر الى القضاء طالبة التفريق .

وقد نصت قوانين الاحوال الشخصية لدى اليهود على حالات معينة تجيز التطليق بسببها اذا ماتوافرت لدى احد الزوجين كضرب الزوج زوجته أو شتم الزوجة زوجها ولكن على مايبدو ان للمحكمة السلطة في تقدير ذلك كله على الحياة الزوجية ولو لم ينص على ذلك اذا ماتبين استحالة الحياة الزوجية بين الطرفين .

اولا ــ طائفة الربانيين

١) ضرر الزوجة :

ففي حالة اضرار الزوجة : قالوا اذا شتمت زوجها وتكرر منها فللزوج طلاقها مع اسقاط حقوقها.

نصت المادة ٢٢٠ : اذا تكرر من الزوجة شتم زوجها وبخت وانذرت فاذا عادت سقطت حقوقها .

٢) ضرر الزوج :

اذا اعتاد الزوج الزنا او اعتاد ضرب زوجته بدون مبرر فللزوجة ان تطلب الطلاق من القاضي والقاضي يوبخ الزوج أولاً ويحلفه على ان لايعودفان حنث بذلك امر بالطلاق .

جاء في المادة ٢١٦ : اذا اعتادالرجل الزنا واعتاد ضرب زوجتهاو اطعامها غير الحلال ، جاز اجابة طلبها الطلاق .

مادة ٢١٧ : ضرب الزوج محرم شرعاً واذا اعتاده الرجل وبخه الشرع وحلفه ان لايعود فان حنث وعاد أمر بالطلاق ودفع الحقوق .

وجاء في حكم لمحكمة الاستئناف بالقاهرة [١] : انه وفقاً للمادتين ٢١٦ و ٢١٧ من كتاب الاحكام الشرعية في لاحوال الشخصية للاسرائيليين لايسوغ طلب الطلاق اذ أن الضرب على ماجاء بالمادتين المذكورتين لايبرر الطلاق الا اذا اعتاده الزوج وقارفه بعد توبيخ رجل الشرع له وبعد ان يحلفه بالا يعود ، فان حنث وعاد يؤمر عندئذ بالطلاق ودفع الحقوق .

ولما كان لم يثبت في النزاع الراهن أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته فلا يقضى بالتطليق .

٣) الشقاق بين الزوجين :

اما اذا كان الشقاق ناشئاً عن أحدهما ام كان من الزوجين فللمحكمة تقدير ذلك في طلب التفريق .

جاء في المادة ٢٢١ : اذا تكدرت المعيشة لسوء اخلاق الزوجة او لتشدده في الانفاق عليها ، جاز لزوجته طلب الطلاق .

---

(١) محكمة استئناف القاهرة ٢٥/٤/١٩٥٦ الاحوال الشخصية رفعت خفاجي ص ١١١ .

٤) التطليق للغيبة :

نصت م ١٣٩ : للزوجة منع سفر زوجها اذا كان لجهة بعيده .
وكذلك المادتان ١٤٢ و ١٩٤ .

وحكمت استئناف القاهرة[١] : بأن الغياب الذي يعتبر سبباً للطلاق في الشريعة الاسرائيلية هو الذي يكون لعذر غير مقبول وان تكون الغيبة في بلد في الخارج غير موافق لإقامة الزوجة وأن يقصد بتلك الغيبة وضع حد للحياة الزوجية المشتركة وان تكون قد مضت مدة كافية تتضرر منها الزوجة بالغياب .

ثانيا : طائفة القرائين

أما القرائون فيجيزون التفريق للضرر ايضاً وان كانوا يعدون ذلك من قبيل العيوب توسعاً منهم بالعيب غير المحتمل الذي يعتبر مسوغا للطلاق عندهم فاعتبروا من العيوب سوء المعاملة والابتذال في الأسواق واتيان ما يمس الأخلاق والشرف .

جاء في شعار الخضر وهو يعدد العيوب المجيزة للتفريق[٢] .
سوء المعاملة لكثرة النزاع وشده المعاندة والوقاحة .
والابتذال في الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها واتيان ما يمس الشرف .

• • •

(١) استئناف القاهرة ٢٥/٤/١٩٥٦ .
(٢) شعار الخضر ص ١٢٧ .

الفرع الثاني

التطليق للضرر في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

يجوز لاحد الزوجين طلب التطليق للضرر لدى الاقباط الارثوذكس وقد عبرت المجموعات الفقهية والقانونية عن ذلك بافساد الحياة العائلية احياناً والعمل على اضرار حياة الآخر احياناً أخرى كما عبرت عن ذلك القوانين الأخيرة باعتداء أحد الزوجين على الآخر .

ذكر ابن العسال [1] : ان الزيجة تفسخ اذا دبر أحد الزوجين على فساد حياة الآخر . وان دبرت المرأة على حياة زوجها بأي وجه كانت وعلمت أن آخرين يحرضون في ذلك فلم تظهره له لأن المرأة والرجل بالزواج صارا واحداً فخيانتها له توجب فصلها منه خشيه ان تقضي على حياته بما تدبره له .

وقال ابن كبر [2] : « ان مما يفسخ الزيجة ان يعمل احد الزوجين على فساد حياة الآخر ، اما في مضاجرة احدهما الاخر مضاجرة ظاهرة فاحشة ففيه خلاف » .

وذكر الايغامانوس فيلوتاؤس من اسباب فسخ الزيجة [3] : « اذا تحيل أحد الزوجين على اضرار حياة الاخر بأية وسيلة كانت أو علم ان آخرين

---

(١) المجموع الصفوي : الباب الرابع والعشرون : الفصل السادس .

(٢) مصباح الظلمة . الباب العشرون .

(٣) الخلاصة القانونية . السبب السادس ص ٣٨ .

يسعون في ذلك فيكتمه ولم يظهره لقرينه ثم انكشف الامر وثبت ذلك بفسخ الزواج ويفارق الخائن » .

وعلق شارح الخلاصة القانونية على هذا النص بقوله : « لأن بقاءهما معاً موجب للنزاع المستمر المؤدي الى البوار » .

وجاء في المادة ٥٧ من قانون ١٩٣٨ « يجوز ايضاً طلب الطلاق اذا أساء احد الزوجين معاشرة الآخر او أخل بواجباته اخلالاً جسيماً مما أدى الى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية . ولم يرد مثل هذا النص في مجموعة ١٩٥٥ .

نص قانون ١٩٣٨ في المادة ٥٥ :

« اذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر واعتاد ايذاءه ايذاءاً جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه ان يطلب الطلاق » .

ونفس النص جاء في المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

ونص ايضاً في المادة ٥٢ : « اذا غاب احد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لايعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم باثبات غيبته جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق » .

ومثل ذلك جاء في المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ .

وجاء في مجموعة ١٩٥٥ في المادة ٥١ : « الحكم على احد الزوجين بعقوبة الاشغال الشاقة او السجن او الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق » .

من هذه النصوص ومن قانون ١٩٣٨ بصورة خاصة نرى ان اسباب التطليق للضرر لدى الاقباط الارثوذكس يمكن حصرها بالاسباب التالية :

١ — اساءة احد الزوجين للآخر او اخلاله بواجبات الزوجية مما يؤدي الى استحكام النفور الزوجي وهجر احدهما للآخر مدة ثلاث سنوات .

٢ – اعتداء احدهما على الآخر او اعتياد ايذائه ايذاء جسيما .

٣ – اذا غاب احدهما عن الآخر خمس سنوات متوالية دون أن يعلم مقره وصدور حكم بذلك .

٤ – الحكم على أحد الزوجين بالحبس لمدة سبع سنوات .

الأرمن الأرثوذكس :

وكذلك نص قانون الأرمن الارثوذكس في مادته ٥٢ على أنه يجوز الحكم بالطلاق اذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلا .

وسنستعرض التطبيقات العملية للمحاكم في التطليق حسب هذه المواد لنعرف لأي مدى يذهب الاجتهاد القضائي في التفريق للضرر بين الزوجين في المسيحية

القسم الاول – التطليق للاساءة والاخلال بالواجبات الزوجية

قضت محكمة استئناف القاهرة [1] : « ان المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكسيين الذي أقره المجلس الاعلى العام بجلسته المنعقدة في ٩ مايو ١٩٣٨ وعمل به اعتباراً من ٨ يوليو ١٩٣٨ تبرر التطليق اذا اساء أحد الزوجين معاشرة الاخر أو اخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية . وهذه الاسباب قائمة هنا . إذ أن زوجة المدعى قد هجرته لمده تربو على تسع سنين لم ينفع في خلالها مساعي التوفيق حتى تصدعت العلاقة الزوجية وأصبح استمرار العشرة بينهما مستحيلا » .

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٣/٢١ وفي هذا المعنى استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ وايضاً استئناف القاهرة ١٩٥٦/٥/١٦ رفعت خفاجي ص ٨٠ .

طلب التطليق هو حق للمتضرر من الزوجين :

جاء في حكم استئناف القاهرة[1] : « جعل السبب في الفرقة مقترنا بالضرر والتجاوز عن البحث فيمن من الطرفين هو المتسبب في الفرقة في حالة رضاء الطرف الآخر بالتطليق انما يؤدي في النهاية إلى ترك التطليق الى ارادة الزوجين وهو غير جائز في شريعة الاقباط الارثوذكس التي ينتمي اليها الطرفان » .

العبرة بما جاء في قانون ١٩٣٨ وعدم النص في مجموعة ١٩٥٥ لا أثر له .

جاء في حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية[2] :

١) يجيز قانون المجلس الملى للاقباط الارثوذكس الصادر في ١٩٣٨ الطلاق إذا اساء أحد الزوجين معاشرة الآخر ...

٢) غير ان مشروع القانون المقدم للحكومة من طائفة الاقباط الارثوذكس في ١٩٥٥ خلاف هذا النص ...

٣) لم يكسب هذا المشروع صفة القانون لعدم التصديق عليه وصدور قانون به ومن ثم فلا الزام على المحاكم في التقيد بأحكامه .

٤) تحديد مدة الفرقة بثلاث سنوات على ما جرت عليه احكام المجالس الملية هو تحديد تحكمي لا سند له في كتب الدين ولم تتقيد به المجالس الملية نفسها في بعض أحكامها .

٥) العلة في هذا التحديد هي أن القائلين به يرون ان استطالة الفرقة لهذه المدة يفقد معه كل أمل في عودة الحياة الزوجية . اما قبل انقضائها فيكون باب الامل ما زال مفتوحاً ، فإذا ثبت من ظروف الدعوى بما لا يدع مجالا للشك قبل اكتمال الثلاث سنوات على الفرقة ان عودة الحياة الزوجية اصبحت

---

(١) استئناف القاهرة ٢١/٥/١٩٥٨ حنفي ٢/٤٦٩٠ .

(٢) استئناف الاسكندرية ٢٠/١١/١٩٥٧ .

ضربا من محال فلا جدوى من انتظار اكتمال المدة . بل ان في هذا الانتظار ضرراً محققاً يلحق بالزوجين وتعريضاً لهما للوقوع في الخطيئة .

وجاء في حكم لمحكمة بنها[1] : ان ما تهدف اليه الحياة الزوجية هو التعاون بين الزوجين واقامة الروابط فيهما على أساس المودة والرحمة فاذا تعذر استحالة عودة الحياة الزوجية أصبح العوض من الزواج غير متحقق ويلزم فسخه.

التطليق للخطأ المشترك :

وفي حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية[2] : « اذا استبان للمحكمة استحالة استمرار الحياة الزوجية وأنه لا امل في عودة الوئام بين أفراد الاسرة إذا وصل الامر الى اتهام الزوج لزوجته بوجود علاقة اثم بينها وبين الغير ولاتهام الزوجة لزوجها بالتعطل والاعتماد في الانفاق على المنزل على عملها في حياكة الملابس فأنه يتعين الحكم بالتطليق لخطأ الطرفين المشترك » .

التطليق لاتهام أحد الزوجين الاخر

في حكم للمجلس الملى للاقباط الارثوذكس[3] : تمادى كل من الزوجين في اتهام الآخر بما يشبه وما يمس شرفه وتولد الكراهية بينهما وانهيار حياتهما العائلية ، بما يبرر فسخ الزواج إذا أصبحت عودتهما للحياة الزوجية ميئوسا منها.

وفي حكم لمحكمة القاهرة[4] : ان اتهام الزوجة لزوجها بجريمة خلقية شاذة تستوجب الحكم عليه بالاشغال الشاقة ، يصلح سبباً للتطليق بشرط ثبوت سوء نيتها وعلمها بكذب هذا الاتهام لما في هذا الاتهام من الضرر الذي يعود على الزوج من قيام الزوجية بعده.

(١) محكمة بنها الابتدائية ١٩٥٦/٦/٢٥ .

(٢) استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/١٢/٢٧ .

(٣) مجلس ملي فرعي الاسكندرية ٥٥/١٢/٣ حنفي ص ١٨٩ .

(٤) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٥/١٤ اهاب اسماعيل ص ٢١٨ وخفاجي ص ١١٧ .

التطليق لهجر احد الزوجين الآخر :

في حكم لمحكمة الاستئناف الاسكندرية[1] : « اذا ثبت ان الزوج هجر زوجته منذ أكثر من خمس سنوات وان محاولات قد بذلت للصلح ولكن الزوج رفض كانت الزوجة على حق في طلب الطلاق .

ويجب أن يكون طلب التطليق من المتضرر من الهجر :

في حكم لمحكمة الاستئناف في القاهرة[2] : « ان الهجر الذي يعتبر سبباً للطلاق يجب أن يكون مصدره المدعى عليه لا المدعي وثابت من ظروف هذا النزاع وملابساته التي استعرضتها المحكمة أن الزوجة لم تخطىء وان الزوج هو الذي اخطأ وان الزوجة سعت الى منزل الزوجية فصدها هو عنه .

التفريق لتنافر الطباع لدى الارمن الارثوذكس :

قضت محكمة القاهرة[3] : « ان الطرفين ينتميان الى طائفة الارمن الارثوذكس وبالرجوع إلى التقنين العرفي لهذه الطائفة تبين منه جواز الطلاق في حالة الامتناع عن المعاشرة الزوجية أو فساد أخلاق الزوج أو سلوكه سلوكا معيباً لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوجة أو إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلا » .

---

(١) استئناف الاسكندرية ١٩٥٨/١/٢٢ صالح حنفي ٦٨/٢ ؛ .
(٢) استئناف القاهرة ٥٥/١٢/١٩ رفعت خفاجي ص .
(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/١١/١٠ .
(٤) استئناف القاهرة ١٩٥٧/٥/١٠ .

القسم الثاني ــ التطليق للاعتداء

قضت محكمة استئناف القاهرة [٤]: « ان الاعتداء الذي يبرر التطليق وفقا للمادة ٥٥ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكسيين هو الاعتداء المادي الذي يصل إلى محاولة القتل أما إذا لم يصل الاعتداء الى تلك المرتبة من الخطورة فإن تكراره مع جسامته تغني عن تلك المرتبة بحيث يعرض صحة الزوج الواقع عليه ذلك الاعتداء للخطر » .

القسم الثالث ــ التطليق للغيبة

في حكم لمحكمة المنيا الابتدائية[١]: ان الشريعة المسيحية تبيح حل الرابطة الزوجية بالوفاة ، والغائب في حكم الميت ، وهذه هي حكمة النص على التطليق للغيبة .

القسم الرابع ــ التطليق للسجن

في حكم للمجلس الملى في دمنهور [٢] : « سجن الزوج لمدة ست سنوات يعطى الزوجة الحق في طلب الطلاق .

وفي حكم محكمة استئناف القاهرة [٣] : ان المادة ٥٣ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس تشترط في العقوبة التي تجيز الطلاق ان تكون لمدة سبع سنوات فاكثر .

---

(١) محكمة المنيا الابتدائية ١٠/٤/١٩٥٨ خفاجى ص ١١٤ .

(٢) مجلس ملي فرعي دمنهور ٢١/١/١٩٥٥ صالح حنفي ص ١٨٩ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٥/١٠/١٩٥٨ .

المبحث الثالث

التفريق للضرر في القوانين الاجنبية

الفرع الأول

التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين في القانون الفرنسي

أجاز القانون الفرنسي التطليق للضرر في المادتين ٢٣١ - ٢٣٢ ففي الأولى حدد مفهوم الضرر ، وذلك بأن يصدر ضد أحد الزوجين حكم بعقوبة شائنة وفي المادة الثانية اعتبر المشرع كل اعتداء او اساءة من احد الزوجين او اهانة سبباً من الاسباب التي تجعل للزوج الآخر الحق في طلب التطليق من القاضي . وفي هذه المادة توسع القضاء الفرنسي بحيث اعتبر الشقاق بين الزوجين اساءة وإخلالا بالالتزامات الزوجية تجيز التطليق .

على أن دعوى التطليق لا يجوز رفعها الا بعد محاولة القاضي الصلح بين الزوجين . فان تعذر عليه ذلك نظر في الدعوى وقدر الأمر المشكو منه فإن رأى الاساءة او الاهانة جسيمة الى حد لا تستمر معها الحياة الزوجية حكم بالطلاق . ويجب على القاضي ان يذكر فشله في الصلح في الحكم بالتطليق كما نصت على ذلك الفقرة السابعة من المادة ٢٣٨ [١] .

---

(١) جميل خانكي الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٩٣ .

وقد يرغب احد الزوجين في الانفصال لا في الطلاق فيذكر ذلك في دعواه وان الاسباب نفسها التي تجيز الطلاق تجيز الانفصال .

م ٢٣١ : اذا صدر الحكم على احد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة جاز الزوج الآخر ان يطلب الطلاق بناء على ذلك الحكم .

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣٢ من القانون السابق (بقانون ١٨٠٤) .

« الحكم على أحد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة يكون سبباً كافياً للزوج الآخر لطلب الطلاق» .

ومناط التفريق في هـذه المادة هو الضرر الذي يصيب احد الزوجين من جراء الحكم على صاحبه بعقوبة بدنية كالاعدام والاشغال الشاقة والسجن ولهذا أجاز له المشرع طلب التطليق .

والتفريق هنا اذا ما أصر عليه المدعي هو الزامي بالنسبة للقاضي فليس له حق تقدير أثر تلك الجريمة او العقوبة على كرامة الطرف الآخر واعتباره هذا اذا لم يثبت للقاضي ان المدعي قد رضي او شجع على ارتكاب الجريمة فيسقط حقه حينئذ .

ويتطلب التفريق بسبب هذه المادة خمسة امور :

١) ان يكون الحكم في جناية لا في جنحة الا اذا كانت الجنحة لحادث يخل بالشرف .

٢) ألا يكون المدعي طالب الطلاق محكوما عليه بعقوبة جناية .

٣) ان تكون الجريمة قد تمت دون علم الطرف الآخر ودون رضائه .

٤) أن يكون الحكم نهائياً أما اذا كان قابلاً للطعن فلا يصلح سبباً لطلب التطليق .

٥) أن يكون وقت صدور الحكم اثناء قيام الزوجية أما لو كان قبل ذلك فلا يصلح سبباً للتفريق .

ولا فرق ان تكون الجريمة قد وقعت قبل الزواج ام بعد ذلك ما دام الحكم قد صدر اثناء قيام الزوجية [١] :

والعفو عن العقوبة او سقوطها بالتقادم لا يمنع الزوج من طلب التطليق . أما العفو الشامل بعد الحكم فيزيل اثر الجريمة وبالتالي يسقط حق الزوج في طلب التطليق [٢] .

وهذا يؤيد ما سبق أن قلناه ان مناط التفريق هو الضرر الذي يصيب الزوج الآخر في كرامته واعتباره فاذا زال اثر الجريمة بالعفو الشامل فلا ضرر .

وكذلك فان الاصل ان تكون العقوبة في جناية الا اذا كانت الجنحة تمس الاخلاق والشرف لأن عقوبة الجنحة وان كانت أخف من عقوبة الجناية الا أنها تسيء الى كرامة الزوج الآخر فصلحت ان تكون سبباً للتطليق وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي .

يقول استاذنا الدكتور الشرقاوي [٣] : أما لو كان الحكم بعقوبة الجنحة فانه لا يعتبر سبباً ملزماً للطلاق ... ولكن يلاحظ من ناحية اخرى ان القضاء يجري على اعتبار مثل هذه الاحكام سبباً لطلب الطلاق باعتباره اساءة بالغة وعندئذ لا يكون سبباً ملزماً للطلاق بل يعتبر سبباً اختيارياً .

وقد جاء في حكم لمحكمة تولوز [٤] : ان حكم الادانة في جنحة لا يجوز ان يعتبر اهانة جسيمة الا اذا كان قد صدر بسبب حادث يخل بشرف الزوج مباشرة او يمس حقوق الزوجية . وفي مثل هذه الحالة فان الفعل الجنائي وليس

---

(١) مذكرات الدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٨ انحلال الزواج في التشريعات الاوربية .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ١/٢٨٥ جميل الشرقاوي .

(٣) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٢٧ .

(٤) حكم محكمة تولوز ٣١ديسمبر١٨٨٨ مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٤٣ .

الحكم في ذاته هو الذي تقوم عليه الاهانة الجسيمة .

م ٢٣٢ : فيما عدا الاحوال المنصوص عليها في المواد : ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١ [١] من هذا القانون لا يجوز للقضاة ان يصدروا حكما بالطلاق بناء على طلب احد الزوجين الا اذا كان مبنياً على تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر أو استعماله العنف او اهانته اياه بشرط ان تكون هذه الافعال مما يعتبر انتهاكاً جسيماً او متكرراً للواجبات والالتزامات الناشئة من الزواج بحيث تجعل بقاء الزوجية امراً لا يمكن تحمله .

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣١ من القانون السابق ونصها : يجوز لأحد الزوجين ان يطلب التطليق من الآخر اذا تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر او اذا استعمل القسوة معه او اهانه اهانة جسيمة .

جاء في هذه المادة ثلاث حالات اعتبرها المشرع الفرنسي من أسباب التطليق اذا ما توافرت شروطها :

١) اذا تجاوز أحد الزوجين حدوده او أخل بالتزاماته .

٢) اذا استعمل أحد الزوجين العنف أو القسوة مع الآخر .

٣) اذا أساء احدهما للآخر إساءة بالغة أو اهانه إهانة جسيمة .

كما اشترط القانون لتحقق هذه الوقائع أن تكون على درجة كبيرة من الخطورة بحيث تجعل الحياة الزوجية غير محتملة ولو حدثت مرة واحدة . أما اذا كانت من الامور البسيطة التي لم تبلغ درجة من الخطورة فحدوثها مرة واحدة لا يعتبر سبباً للتطليق بل لا بد من تكرارها .

وتقدير ذلك كله الى القاضي فهو ليس من الاسباب الملزمة . ولهذا فقد توسع القضاء الفرنسي في التطبيق العملي خلافاً لما يبدو من رغبة المشرع في حصر حالات الطلاق في الامور التي عددها في المواد ٢٢٩ – ٢٣٢ . لان المادة

---

(١) المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ التطليق لزنا الزوج او الزوجة و ٢٣١ التطليق لادانة بعقوبة جناية .

الاخيرة ٢٣٢ تنص صراحة على أن القاضي لا يجوز له الحكم بالتطليق في غير هذه الحالات الا أن القضاء نظرا لنقص التشريع من جهة ومرونة بعض الالفاظ التي جاءت في المادة ٢٣٢ قد توسع الى درجة يمكن القول معها انه لا حصر في اسباب التطليق لدى القضاء الفرنسي بل كل ما رآه القاضي يشكل إخلالا بالالتزامات الزوجية ويجعل الحياة بين الزوجين غير محتملة فهو سبب يجيز التفريق. وذلك لأن كلمة الاساءة البالغة او الاهانة او الاخلال بالواجبات تشمل معان واسعة لا تقف عند مدلول واحد ولا عند واقعة معينة.

وبهذا الاتجاه فقد سد القضاء نقصاً في التشريع الفرنسي في حالات كان يجب النص عليها كحالة عدم انفاق الزوج على زوجته او حالة اصابة احد الزوجين بمرض معد ينتقل للآخر أو اصابة احدهما بعجز جنسي يحول دون الاتصال بينه وبين زوجه.

وهذه مجموعة من احكام القضاء الفرنسي تلقى ضوءاً على ماذكرناه.

الاهانة :

ان مجرد الاهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لان يكون سبباً للطلاق بشرط ان تكون الاهانة جسيمة[1].

الاعتداء :

يقصد بتجاوز الحد واعمال العنف التي تبرر دعوى الطلاق تلك الاعتداءات الصادرة من زوج على حياة زوجه الآخر التي تعرض حياة الزوج المعتدى عليه للخطر[2].

---

(١) حكم دائرة الالتماسات ٣/١٢/٩٤٥ ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦ - ٩ مرجع القضاء ص١٤٢

(٢) حكم محكمة مونبلييه ٥/٣/٨٩٥ داللوز ١٨٩٦/٢/١٠١.

الامتناع عن المعاشرة :

امتناع الزوج بمحض ارادته عدة شهور عن معاشرة زوجته امتناعاً مستمراً يعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها استصدار الحكم بالطلاق مالم يحتج الزوج في ذلك بوجود موانع طبيعية من جانبه او ان يرجع هذا الامتناع الى مقاومة الزوجة[1].

الكراهية :

شعور الكراهية وعدم الثقة التي يواجه بها الزوج زوجته يمكن ان تعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق[2] .

هجر مسكن الزوجية :

ان هجر الزوج مسكن الزوجية يمكن ان يعتبر اهانة جسيمة . وكذلك الحال اذا رفضت الزوجة العودة الى منزل الزوجية بعد رفض طلب التفريق المقدم منها[3].

العجز الجنسي :

كما قضى القضاء الفرنسي بان اخفاء احد الزوجين عيبه الجنسي عن زوجه يعتبر اساءة تبرر طلب الطلاق[4].

---

(١) حكم دائرة الالتماسات ٢٠ نوفمبر ١٩٠٠ .

(٢) حكم دائرة الالتماسات في ٦ اغسطس ١٩٠٧ .

(٣) حكم محكمة ديجون في ٢٣ نوفمبر ١٨٩٢ مرجع القضاء ص ١٤٣ .

(٤) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٢٩١ – ويرى الفقه الفرنسي : ان القضاء اذ يجعل العجز الجنسي سبباً للطلاق يكمل نقصاً في تنظيم المشرع لشروط الزواج . بلانيول دريبير فقرة ١١٠٣ .

الفرع الثاني

التفريق للضرر في القانون اليوناني

اجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين ان يطلب التطليق من القاضي للضرر في حالات اربع[1] :

١) الاعتداء على الحياة :

م ١٤٤٠ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق بسبب اعتداء الزوج الآخر على حياته .

وهذا السبب يكون الزاميا فيما لو صدر حكم جنائي بسبب الشروع في القتل فحينئذ لاتقدير للقاضي بل عليه ان يحكم بالتفريق لان سبب الطلاق وهو الاعتداء قد ثبت بصورة قطعية .

اما مجرد التهديد بالقتل فلا يكفي وللقاضي هنا حق تقدير اثر ذلك على الزوج الآخر ويجب ان يكون الاعتداء بارادة تامة ووعي كامل فلو نشأ عن حالة لدفاع الشرعي او كان نتيجة مرض عقلي يفقد الوعي فلا يصلح سبباً للتطليق .

٢) الهجر المتعمد :

م ١٤٤١ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لهجر الزوج الآخر اياه عن عمد لمدة سنتين .

---

(١) القانون اليوناني الدكتور محمد علي عرفه ص ١٥٣ .

ويشترط لتحقق هذا السبب شرطان :

١) الهجر عن عمد وبدون سبب .

٢) ان يستمر الهجر مدة سنتين .

اما لو كان هجر احد الزوجين للآخر عن سبب كمرض مثلا او كان الآخر هو المسبب في هذا الهجر فلا يصلح سببا للتطليق . وكذلك اذا لم يمض على الهجر سنتان فلا يجوز رفع الدعوى قبل مضي سنتين كاملتين .

٣) تصدع العلاقة الزوجية :

م ١٤٤٢ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا طرأت اسباب جدية ، تعزى لخطأ الآخر ادت الى تصدع الحياة الزوجية بحيث اضحى استمرارها فوق طاقة طالب الطلاق . ولا يكون للمدعي حق الطلاق ، حتى لو كان الخطأ المنوه عنه معزواً الى الزوجين معا ، اذا كان تصدع العلاقة الزوجية ناتجاً في الغالب عن خطأه .

هذه المادة تعطى للقاضي الصلاحية في تقدير الامر المشكو منه ولكن هل يصلح سبباً للطلاق ام لا ؟.. وعلى كل حال فيجب ان يتوفر للحكم بموجب هذه المادة شرطان :

١) ان يكون تصدع الحياة الزوجية ناشئاً عن خطأ المدعى عليه . أما المخطيء فلا يجوز ان يطلب التطليق لخطأه .

٢) ان تصبح الحياة الزوجية بموجب هذه الخطأ فوق مايطاق اما اذا كان الخطأ مما يكون عادة بين الازواج فلا يكفي سبباً للتطليق .

وقد توسع القضاء في تطبيق هذه المادة فاعتبر تصدع الحياة الزوجية في الامور الآتية : جمود العاطفة الزوجية ، وعدم التفاهم ، رفض الاتفاق والمعونة ، معاملة الاطفال بقسوة وغلظة ، التعدي الشائن على كرامة الزوج ، افشاء الاسرار

العائلية ، السلوك الشائن[1] .

وقد اصدرت محكمة الاسكندرية الابتدائية[2] :

يعتبر كل من الزوجين قد اخطأ في حق صاحبه اذا اثبت ان الزوج كان قاسياً في معاملته لزوجته ، غيوراً عليها الى حد ان يغلق عليها باب المسكن من الخارج في بدء حياتهما الزوجية ولا يسمح لها بالخروج حتى لزيارة والديها ، واذا عاتبته في ذلك اعتدى عليها بالضرب والايذاء ، أما الزوجة فقد كانت بطبيعتها تميل الى الخروج كثيراً وارتياد المحال العامة دون ان يكون الزوج في صحبتها ...

وازاء ذلك تكون العلاقة الزوجية قد اعتراها تصدع جسيم بخطأ الزوجين الى حد استحالة عودة الحياة الزوجية المشتركة وذلك يصبح كل منهما مسؤولاً عن ايقاع الطلاق .

الغيبة :

م ١٤٤٥ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا اعتبر الآخر في حالة غيبة منقطعة .

ويشترط لتحقق هذا السبب صدور حكم قضائي بغيبة الزوج فاذا ماثبتت الغيبة كان على القاضي الحكم بالتطليق الزاما .

---

(١) القانون اليوناني للدكتور محمد علي عرفة ص ١٥٧ .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٥٣ خفاجى ٣١٥ .

الفرع الثالث

التفريق للضرر في القانون الانكليزي

اجاز المشروع الانكليزي لكل من الزوجين ان يطلب التطليق من القاضي لضرر الآخر به في حالات نص عليها في قانون ١٩٥٠ في مادته الاولى[١] .

١ – الهجر :

اذا هجر احد الزوجين زوجه ، بارادته ، وبلا مبرر معقول او موافقة زوجه واستمر ذلك لمدة ٣ سنوات جاز للزوج الاخر ان يطلب التطليق من القاضي .

ويلاحظ انه يشترط للتطليق بسبب الهجر الشروط التالية :

١) ان حق طلب التطليق هو خاص بالمتضرر اي المهجور فلا يحق لمن هجر زوجه ان يطلب ذلك .

٢) ان يكون الهجر بدون سبب اما اذا كان الهجر لسبب كمرض او سفر فلا يعتبر مسوغا لطلب التطليق .

٣) ان لايكون الهجر بموافقة الطرف الاخر وعلمه والا اعتبر علمه وموافقته رضا بهجره فلا يصلح حينئذ سببا لطلب التفريق .

٤) ان يستمر الهجر ثلاث سنوات حتى رفع دعوى التطليق .

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي للدكتوراه ص ٤٧ .

٢ – القسوة :

اذا عامل احد الزوجين الاخر بقسوة او اساء معاملته اساءة لاتحتمل معها الحياة الزوجية جاز للاخر طلب التطليق .

وهذا من النصوص التي يتوسع القضاء في تطبيقها في كل ما من شأنه ان يجعل الحياة الزوجية غير محتملة الاستمرار او من شأنه ان يجعل الرابط بين الزوجين مهددة بالزوال .

٣ – ارتكاب بعض الجرائم :

اذا ارتكب الرجل جريمة الغصب او الوطء اثناء قيام الزواج ، جاز للزوجة طلب التطليق .

وهذا السبب كما يبدو خاص بالرجل دون المرأة بعكس الاسباب السابقة حيث هي حق مشترك للزوجين .

وهذه الاسباب الثلاثة في القانون الانكليزي ليست اسبابا ملزمة للتطليق بل هي من الاسباب الاختيارية التي تخضع لتقدير القاضي .

• • •

الفرع الرابع

التفريق للضرر في القانون الالماني

يجوز لكل من الزوجين ان يطلب التطليق للضرر اذا اصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيلا . وقد نص القانون على ذلك في المادتين ٤٣ و ٤٨ وقيد هذا الحق بالمادة ٥٠، حيث اشترط في قبول دعوى الطلاق ان يسبق ذلك محاولة الصلح بين الزوجين حرصا من المشرع على دوام العلاقة الزوجية فان تعذر الصلح جاز طلب التطليق حينئذ .

جاء في المادة ٤٣ :

الاخلال بالتزامات الزواج :

اذا تسبب احد الزوجين بسيره الشائن او سلوكه المخل بالاداب في انفصام رباط الزوجية انفصاما بالغا بحيث لا يتصور استمرار المعيشة الزوجية [١] .

ويلاحظ في هذا النص ان حق طلب التطليق هو خاص بالمتضرر من الزوجين فقط .

وقد توسع القضاء الالماني في تفسير هذه المادة حتى جعل من الامتناع عن الواجب الزوجي او اهمال تعليم الاولاد ، او القسوة على الاولاد من زواج سابق ، او رفض الانفاق ، او اعتياد السكر ، او مزاولة مهنة تخل بالشرف صورا من الاخلال الخطير بالتزامات الزواج [٢] .

---

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٨ .

(٢) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٦٦ .

وجاء في المادة ٤٨ :

الهجر :

اذا افترق الزوجان مدة ثلاث سنوات واصبحت الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار جاز لكل من الزوجين طلب التطليق ولو كان المدعي هو المسبب في هذا الفراق .

وقيد المشرع الالماني تطبيق هذه المادة فيما اذا لم يتضرر الاولاد القصر من التفريق والا فلا يجوز للقاضي ان يحكم بالتطليق مراعاة لمصلحة الاولاد .

ويبدو لي ان اعطاء القانون حق طلب التطليق للزوج الذي افترق عن زوجه اي الذي تسبب بالهجر ففارق منزل الزوجية ينافي العدالة ، لان الزوج الذي يهجر زوجته مدة ثلاث سنوات يجب ان يعاقبه القاضي لا ان يستجيب لرغباته ، هذا فضلا عن افساح المجال لكل من اراد ان يطلق زوجته ولا يسمح له القانون بذلك فما عليه إلا ان يهجرها ثم يتقدم بطلب الطلاق فكأن الطلاق اصبح بالارادة المنفردة التي لا يقرها القانون الالماني وان كان الامر في ذلك كله منوط لتقدير القاضي .

. . .

الفرع الخامس

التفريق الجثماني بين الزوجين للضرر في القانون الايطالي

لا يقر القانون الايطالي انحلال الزواج بالطلاق فالزواج رابطة ابدية لا تزول الا بالموت الا انه قد نص على حالات يجوز فيها لاحد الزوجين ان يطلب التفريق الجثماني . اذا ماتوفرت شروطها لضرر الاخر به على ان يصدر بذلك حكم قضائي .

هذه الحالات هي :

١) هجر احد الزوجين منزل الزوجية عمدا م ١٥١

٢) سوء معاملة احد الزوجين للاخر والاضرار به م ١٥١

٣) تهديد احد الزوجين الآخر م ١٥١

٤) اهانة احد الزوجين الآخر اهانة بالغة م ١٥١

٥) صدور حكم جنائي ضد احد الزوجين بسجنه مدة تزيد على خمس سنوات . م ١٥٢

٦) تعدي احد الزوجين على الآخر م ١٥٢

٧) عدم اتخاذ الزوج لزوجته محل اقامة ثابتة بدون مسوغ او رفضه وضعها في منزل يليق بمثلها على الرغم من قدرته على ذلك . م ١٥٣

الفصل الثالث

التفريق للاعسار بين الزوجين

المبحث الاول

التفريق للاعسار في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

ان رابطة الزوجية رابطة مقدسة وهي حياة ابدية تقوم على التعاون والمحبة والمودة بين الزوجين فاذا اعترى هذه الحياة ظرف من الظروف التي لا يملكها الانسان كما اذا اعسر الزوج بالنفقة فما هو موقف الزوجة ؟.. هل تقف بجانب زوجها تشاطره آلام الفقر كما شاطرته لذة الغنى أم تتخلى عنه وتذهب الى القضاء طالبة فسخ النكاح ؟..

ان المرأة الكريمة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء والضراء فالفقر ليس عاراً في شريعة الاسلام ، والمال غاد ورائح فالذي اعسر اليوم بعد يسار قد يغنى غدا بعد اعسار ، انما العار كل العار ان يتخلى المرء عن اخيه في وقت هو احوج ما يكون فيه الى الصديق فضلاً عن الزوج .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت موسرة

أم فقيرة(١)، انما الخلاف اذا اعسر الزوج بالنفقة ولم ترض الزوجة البقاء معه فهل لها ان تطلب من القاضي الطلاق ؟..

* * *

(١) لاخلاف بين الفقهاء على ان نفقة الزوجة واجبة على زوجها سواء أكانت فقيرة او موسرة ، فهي تستحقها جزاء احتباسه اياها عن الزواج وقال الله تعالى : «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وقال صلى الله عليه وسلم : «اتقوا الله في النساء فانكم اخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وفي تقدير النفقة ثلاثة اقوال : ١ - تقدر باعتبار حالها يسراً وعسراً .

٢ - تقدر باعتبار حال الزوج مع صرف النظر عن حالة الزوجة .

٣ - تقدر باعتبار حالهن جميعاً من يسر وعسر . وعليه الفتوى في المذهب الحنفي .

راجع في هذا البحث رسالة قيمة للشيخ احمد ابراهيم في النفقات وتفسير القرطبي ١٨/١٧٠ الروض النضير ٤/٧٥ ، نهاية المحتاج ٦/٢٦١ مغني المحتاج ٣/٤٢٦ ، مجمع الانهر ١/٤٩٨ . كشاف القناع ٥/٣٨٦ ، المغني ٨/٧٧ ، مواهب الجليل ٤/١٨٨ شرح الخرشي ٣/٣٣١

الفرع الأول

رأي المذاهب في التفريق للاعسار

في هذا الموضوع أربعة مذاهب :

المذهب الاول : مذهب الاحناف وجمهور الزيدية وجمهور الجعفرية

عدم التفريق بين الزوجين للاعسار .

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

عدم التفريق للاعسار . والزوجة ملزمة بالانفاق من مالها على زوجها ان كانت غنية .

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم

التفريق للاعسار في حالتين :

١ — في حالة القدرة على الانفاق وامتناع الزوج عن ذلك .

٢ — في حالة تغرير الزوج بالزوجة انه غني والحال انه فقير .

المذهب الرابع : مذهب الجمهور

التفريق للاعسار في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الانفاق .

المذهب الاول : عدم التفريق للاعسار

قال به الاحناف وجمهور الزيدية وجمهور الجعفرية .

الاحناف :

قال الاحناف : لا يفرق بين الزوجين اذا اعسر الزوج بالنفقة، بل تنفق الزوجة من مالها او تستدين ثم ترجع على زوجها بما انفقت حين يساره .

جاء في مجمع الانهر[1] :

«ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة، ولا بعدم ايفاء الزوج اذا كان غائباً ولو كان موسرا لان العجز عن الانفاق لا يوجب الفراق» .

وقالوا : اذا كان امتناع الزوج عن النفقة وهو قادر عليها ، فالقاضي يجبره على الانفاق ، ولو أدى الامر الى حبسه . أما اذا امتنع عن اعسار فلا يحبس ، ولا يفرق بينه وبين زوجته ، بل يأمرها القاضي أن تستدين وهو دين في ذمة الزوج .

جاء في المبسوط[2]: «لأن الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجراً له عن الظلم ، وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه ، فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة . . . فترجع عليه بذلك اذا أيسر» .

ولكن المتأخرين من الاحناف رأوا الحرج فيما لو لم تجد الزوجة ما تنفقه كما لو كانت فقيرة مثلا ولم تجد من يقرضها لتنفق فماذا تفعل . لهذا فقد استحسن بعضهم ان ينصب للقضاء في هذه المسألة قاض من مذهبه التفريق بين الزوجين للاعسار فيفرق بينهما .

---

(١) مجمع الانهر ٤٩٨/١

(٢) المبسوط ١٨٧/٥ .

قال ابن عابدين نقلاً عن غرر الاذكار[1] : .. ان مشايخنـا استحسنوا ان ينصب القاضي الحنفي نائباً ممن مذهبه التفريق بينهما اذا كان الزوج حاضرا وأبى عن الطلاق ، لان دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة اذ الظاهر انهـا لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلا أمر متوهم فالتفريق ضروري اذا طلبت » .

الزيدية :

وقال الزيدية بعدم التفريق للاعسار وان كان في بعض كتبهم ما يشير الى جواز هذا التفريق .

جاء في التاج المذهب[2]: ولا يجوز له فسخ النكاح بينها عندنا لعدم الانفاق
وجاء في المنتزع المختار حالات ثلاث للممتنع عن الانفاق[3] :

١) ان يكون ذلك لامتناعه عن النفقة مضارة مع قدرته عليها . فهـذا لا فسخ بينهما . والعلة في ذلك : انه يمكن اجباره على الانفاق .

قال في الانتصار : فان لم يمكن اجباره فسخ على قول من اثبت الفسخ .

٢) ان يكون غائباً ولا مال له . فهذا لا يفسخ لانه لافسخ الا بالاعسار وهذا لم يثبت اعساره بغيبته وجهل حاله .

وقال في الانتصار : يفسخ .

٣) ان لا ينفق لاعساره : فالمذهب : انه يأمره القاضي بالتكسب فان توانى بينه وبين مداناتها ان تعذر اجباره . فان عجز من غير توان : قيل لا يفرق بينهما .

وقال في الانتصار : اذا أعسر بالنفقة ولم يقدر على الكسب فللمرأة ثلاث خيارات .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٦٧٤ .
(٢) التاج المذهب ٢/٢٨٦ .
(٣) المنتزع المختار ٢/٥٤٢ — ٥٤٤ .

١) ان تمكنه من الاستمتاع والوطء والنفقة في ذمته .

٢) ان تمنع نفسها ولا تستحق النفقة .

٣) او الفسخ وهو المختار . وقواه الامام شرف الدين والامام عز الدين . وهو اختيار السيد محمد بن ابراهيم الوزير والامام القاسم بن محمد والمفتي والشامي ومثله في الغاية عنهما . قال وقد بلغ الامام شرف الدين في نصرته مبلغاً عظيماً والامام عز الدين بن الحسن فأنه قرره والزم به حكامه .

ومن الذين اجازوا التفريق للاعسار من الزيدية ايضاً صاحب الروضة الندية[1] يقول : اذا كانت المرأة جائعة او عارية في الحالة الراهنة فهي في ضرار والله يقول ولا تضاروهن ، وهي أيضاً غير ممسكة بالمعروف والله يقول : فامساك بمعروف او تسريح باحسان بل هي ممسكة ضراراً والله يقول : ولا تمسكوهن ضراراً والنبي عليه السلام يقول : لا ضرر ولا ضرار .

ويقول : ثم من اعظم مايدل على جواز الفسخ بعدم النفقة ان الله قد شرع الحكمين بين الزوجين عند الشقاق وجعل اليهما الحكم بينهما . ومن اعظم الشقاق ان يكون الخصام بينهما في النفقة ، واذا لم يمكنهما رفع الضرر عنها الا بالتفريق كان ذلك اليهما . واذا جاز ذلك منهما فجوازه من القاضي اولى .

الجعفرية :

لم أجد لدى فقهاء الجعفرية من اجاز التفريق للاعسار بين الزوجين تمسكاً باصالة العقد ولكني وجدت فتوى لائمتهم المعاصرين بالتفريق ان اصر الزوج على عدم الانفاق .

ومن هؤلاء الشيخ جواد مغنيه حيث افتى بالتفريق للاعسار في كتابه الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ونقل فتوى عن السيد ابي الحسن في الوسيلة :

---

(١) الروضة الندية ٣/ ٥٤ - ٥٥ .

« لو كان الزوج ممتنعاً عن الانفاق مع اليسار ورفعت امرها الى الحاكم الزمه بالانفاق او الطلاق ، فاذا امتنع ، ولم يمكن الانفاق عليها من ماله ولا اجباره على الطلاق فالظاهر ان للحاكم ان يطلقها ان ارادت الطلاق .

وبهذا افتى السيد محسن الحكيم في رسالة « منهاج الصالحين » باب النفقات[1]

* * *

(١) الزواج والطلاق ص١٩٢ .

ادلة القائلين بعدم التفريق للاعسار

استدل اصحاب هذا المذهب على عدم التفريق للاعسار ، بما جاء في القرآن الكريم وما ورد بالسنة الكريمة وماروى عن بعض الصحابة والتابعين وبالقياس .

القرآن الكريم :

قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لايكلف الله نفساً إلا وسعها» .

وقوله تعالى : « لايكلف الله نفساً الا وسعها » .

ووجه الاستدلال في هاتين الايتين ان الله لم يكلف المرء فوق طاقته فلم يكلفه النفقة في حال اعساره، وطالماترك ماوجب عليه فلااثم عليه، وبالتالي فلايكون سبباً للتفريق . اذ كيف يفرق بين شخص وزوجه وهو لم يرتكب اثماً ولا معصية .

وقال تعالى : « وانكحوا الايامى منكم » فهذا ندب الى انكاح الفقير فكيف يجوز ان يكون الفقر سبباً للفرقة وهو مندوب معه الى النكاح[1] .

السنة الكريمة :

روى مسلم في صحيحه من حديث ابي الزبير عن جابر :

دخل ابو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله ﷺ فوجداه جالساً حوله نساؤه واجماً ساكتاً فقال ابو بكر يارسول الله لو رأيت بنت خارجه سألتني النفقة فقمت اليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله وقال : هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر رضي الله عنه الى عائشة رضي الله عنها يجأ عنقها، وقام عمر رضي الله عنه الى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله

---

(١) تفسير القرطبي ٣/١٥٥ .

ما ليس عنده فقلن والله لانسأل رسول الله شيئاً ابداً ماليس عنده ثم اعتزلن رسول الله شهراً[1] .

ووجه الاستدلال : ١) ان ابا بكر وعمر ضربا ابنتيهما اذ سألا رسول الله النفقة ، وهو لايجدها فلو كان الطلب حقاً ومشروعاً لما استنكر الصحابيان الجليلان مافعلت ابنتاهما، ولما أقرهما عليه السلام على ضربهما لان من يطالب بحقه لايجوز ضربه .

٢) ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتزلهن شهراً فدل على ان الاعتزال عقوبة لهن على ما طالبن به ماليس عند رسول الله ولو كان هذا من حقهن لما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وعلى هذا فاذا كان طلب النفقة في حال الاعسار غير مشروع فكيف تمكن المرأة من طلب الطلاق من القاضي لامر لاحق لها فيه فدل على انه لايجوز التفريق لاعسار الزوج بالنفقة .

ماروى عن الصحابة والتابعين :

لم ينقل الينا ان احداً من الصحابة طلق زوجته او طلبت زوجته الطلاق لاعساره وفيهم الكثير من المعسرين .

وقد روى ابن جريج قال : سألت عطاء عمن لا يجد ما يصلح امرأته من النفقة قال ليس لها الا ماوجدت وليس لها ان يطلقها .

روى عن الحسن البصري انه قال في الرجل يعجز عن امرأته قال : تواسيه وتتقي الله وتصبر وينفق عليها مااستطاع[2] .

---

(١) زاد المعاد ٤/١٥٠ .

(٢) المصدر السابق .

القياس على الدين :

ان الله امر صاحب الدين ان ينظر المعسر الى الميسرة . قال تعالى: «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة»[1] . وغاية النفقة ان تكون ديناً للزوجة على زوجها فما عليها الا ان تصبر حتى الميسرة .

ووجه الاستدلال ان الدائن وجب عليه امهال مدينة اذا كان معسراً أفلا يجب على الزوجة امهال زوجها بالنفقة حتى يساره .

* * *

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

قال الظاهرية لاتفريق للاعسار بين الزوجين فاذا اعسر الزوج فيجب على الزوجة أن تنفق على نفسها فاذا وجدت مالاً لزوجها اخذته ولو بدون علمه ، لتنفق على نفسها .

اما اذا كانت غنية وهو معسر فنفقته عليها، اي ان الزوجة الموسرة تنفق على نفسها وعلى زوجها وليس لها حق الرجوع بما انفقت ما دام معسرا ، انما لها الرجوع بما انفقت عليه في وقت يساره اذ النفقة تسقط عنه حين اعساره الا اذا كان للزوج ولدا ووالد غير فقيرين فنفقته على احدهما .

جاء في المحلى[1] :

فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية، كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر الا اذا كان للحر ولدا ووالد فنفقته على ولده أو والده الا ان يكونا فقيرين .

وبرهان ذلك قوله تعالى :

«وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك»[2] .

قال علي : الزوجه وارثة فعليها نفقته بنص القرآن . .

---

(١) المحلى ٩٢/١٠ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣

المذهب الثالث: مذهب ابن القيم

وذهب ابن القيم[1] خلافاً لمذهب الحنابلة انه لا تفريق للاعسار بين الزوجين الا في حالتين :

اولاهما اذا كان الزوج قادراً على الانفاق على زوجته ولم ينفق، ولم تقدر الزوجة أن تأخذ منه نفقتها ، كان لها ان تطلب الفسخ .

والحالة الثانية : انه لو غرّ الزوج زوجته حين العقد وقال لها انه ثري ثم تبين لها انه فقير معدم فلها في هذه الحالة ان تطلب الفسخ ايضاً .

أما لو كان موسراً ثم اعسر فليس للزوجة ان تطلب الفسخ ، لانه لا يملك المال للانفاق وامتنع. انما مصيبة حلت به فعلى الزوجة ان تصبر مع زوجها والمال غاد ورائح . وكذلك لاتملك الفسخ اذا تزوجته وهي عالمة بعسرته .

قال ابن القيم في زاد المعاد[2] :

والذي تقتضيه اصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة: ان الرجل اذا غرّ المرأة بانه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدماً لاشيء له ، او كان ذا مال وترك الانفاق على امرأته، ولم تقدر على اخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم ان لها الفسخ.

وان تزوجته عالمة بعسرته او كان موسراً ثم اصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك. ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم ازواجهم الى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن .

---

(١) هو محمد بن ابي بكر الدمشقي ، الاصولي المفسر ، شمس الدين ابو عبد الله بن القيم الجوزية . ولد سنة ٦٩١ وتفقه في المذهب الحنبلي ولازم شيخه ابن تيمية . اشتغل بالفقه والحديث . وقد امتحن واوذي اكثر من مرة بسبب جرأته في الحق .

له مؤلفات عديدة اهمها : اعلام الموقعين ، اغاثة اللهفان ، بدائع الفوائد تهذيب مختصر سنن ابي داود . زاد المعاد الطرق الحكمية في السياسة الشرعية .

(٢) زاد المعاد ١٥١/٤ .

المذهب الرابع

وذهب المالكية والحنابلة والشافعية الى ان للزوجة اذا اعسر زوجها بالنفقة ولم تصبر فلها ان ترفع امرها للقاضي ، فيأمر زوجها بالانفاق او التطليق فان أبى طلق عليه او فسخ نكاحها على خلاف في هذه المذاهب .

وهذه المذاهب وان اتفقت من حيث المبدأ الا انها اختلفت في بعض التفصيلات سوف نذكرها بعد ان نبين الادلة التي استند اليها اصحاب هذا المذهب :

أولاً — ادلة المجيزين للتفريق بين الزوجين للاعسار

استدل هؤلاء ايضاً على مذهبهم بالكتاب والسنة وما اثر عن الصحابة والتابعين وبالقياس .

أما الكتاب الكريم :

فقوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » .

ووجه الاستدلال بالآية الاولى : إن الله امر الازواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف فان تعذر ذلك فما عليهم الا الطلاق باحسان . فاذا كان الزوج قادرا على الانفاق فما عليه الا ان ينفق على زوجته بالمعروف اما اذا عسر وتعذر عليه الانفاق فالواجب عليه التسريح بإحسان — أي طلاق زوجته — قال القرطبي[1] : «إن من الامساك بالمعروف ان الزوج اذا لم يجد ما ينفق على

---

(١) تفسير القرطبي ٣/١٥٥ .

الزوجة ان يطلقها ، فان لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من اجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ، والجوع لا صبر عليه » .

ووجه الاستدلال بالآية الثانية : ان الله نهى الازواج عن امساك زوجاتهم للاضرار بهن لان في هذا الامساك ضرراً ، حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يمسكها فلا هو يحسن اليها بالانفاق ، ولا هو يتركها لعلها تجد سواه . فالمعسر اذن حينما يمسك زوجته دون ان ينفق عليها ودون ان يطلق هو ضار بزوجته معتد عليها ، والقرآن منعه من ذلك فان فعل فالقاضي رفع الظلم اذا ما اشتكت اليه الزوجة وذلك بأن يأمره بطلاقها فان لم يفعل طلقها القاضي .

والسنة الكريمة :

ما رواه ابو هريرة ان رسول الله قال : افضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى و اليد العليا خير من اليد السفلى ، و ابدأ بمن تعول . تقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني . [1] ، رواه الدار قطني .

ووجه الاستدلال : ان للزوجة حين الاعسار ان تطلب الطلاق او الانفاق .

وما روي عن الصحابة :

ان عمر بن الخطاب كتب الى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم ان يأخذوهم بأن ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا . اخرجه الشافعي والبيهقي [2] .

---

(١) سبل السلام ٣/٣٠٣ . ونص الحديث في البخاري : أفضل الصدقة ما ترك عن غنى واليد العليا خير من اليد السفلى . وابدأ بمن تعول تقول المرأة : أما أن تطعمني واما أن تطلقني . ٧/٨١ طبعة الشعب .

(٢) سبل السلام ٣/٣٠٧ .

وعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه في الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال : يفرق بينهما .

وبالقياس :

فقد اجمع الفقهاء ما عدا ابن حزم على ان لزوجة العنين ان تطلب الطلاق من القاضي وذلك لضررها ، والضرر لعدم الانفاق اشد وقعاً من الضرر بالعنة.

جاء في المهذب (١) : ولانه اذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه اقل ، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه اكثر اولى .

. . .

---

(١) المهذب ٢/١٧٥ .

ثانياً ـ تفصيل مذهب التفريق للاعسار بين الزوجين

سنبحث لدى الشافعية والحنابلة والمالكية التفريق للاعسار بين الزوجين مع بيان اوجه الاختلاف فيما بين هذه المذاهب وذلك على ضوء النقط التالية :

١) هل يفرق بين الزوجين اذا امتنع الزوج عن الانفاق وهو قادر عليه .

٢) متى يجوز للزوجة ان تطلب التفريق لعدم الانفاق .

٣) هل هذا الحق يثبت للزوجة على الفور ام على التراخي .

٤) ماهو اثر علم الزوجة باعسار زوجها على اسقاط حقها في طلب الفرقة .

٥) ماهي النفقة التي اذا اعسر بها حق للزوجة طلب التفريق لاجلها .

واخيراً نبحث في نقطة سادسة .

٦) اثر هذه الفرقة وهل هي فسخ ام طلاق وهل يشترط ان تكون امام القاضي .

. . .

١) اذا كان الزوج قادراً على الانفاق

مذهب الشافعية :

اذا امتنع الزوج القادر على الانفاق ان ينفق على زوجته ، فللقاضي ان يجبره على ذلك، ولا يجوز لزوجته ان تطلب التفريق مادام زوجها غنياً، وعليها ان تأخذ من ماله ولو بدون رضاه ، فان لم تستطع فعليها ان ترفع الامر الى القاضي حيث يجبره على الانفاق .

وكذلك ان كان الزوج غائباً فلا تفريق للاعسار لانه لايعرف حاله

فقد يكون موسراً فلا يجوز التفريق حينئذ ، وعلى الزوجة ان تنفق على نفسها مادام غائباً وما تنفقه دين في ذمة زوجها .

على ان بعض الشافعية قالوا: لزوجة الغائب حق الفسخ مادام لم يترك لها نفقة. وهذا في رأينا هو الاوجه اذ ماقيمة وجوده وغيابه اذا لم يكن هناك مال تنفق منه ، فسواء كان موسرا ام فقيرا فالمهم ان يكون لدى الزوجة ماتنفق منه من مال زوجها فان تعذر فيجب ان يكون لها الحق بالفسخ .

جاء في نهاية المحتاج (١) : اما ان كان موسرا وامتنع فلا فسخ . لانها يمكنها ان تأخذ منه جبرا بقوة القضاء . اما ان كان غائباً ولم يثبت عسره فلا فسخ لانه كالحاضر الممتنع .

وقال في المهذب (٢) : ومن اصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر انه يثبت لها الفسخ لان تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار .

وكذلك لايثبت للزوجة حق الفسخ اذا كان لزوجها دين على آخر وكان المدين موسرا فلها ان تطالبه بوفاء دينه لتنفق منه اما ان كان المدين معسرا فلها حق طلب الفسخ لتعذر حصول الدين من معسر .

قال في المهذب (٣) : «وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ» .

مذهب الحنابلة :

وقال الحنابلة اذا امتنع الزوج الموسر عن الانفاق سواء أكان حاضرا ام غائباً فللزوجة ان تأخذ من ماله لتنفق على نفسها والا

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٦٦٣ .
(٢) المهذب ٢/١٧٥ .
(٣) المصدر السابق .

فالقاضي يجبره ان كان حاضرا او يبيع من عقاراته ان كان غائبا وذلك للانفاق على زوجته .

اما ان غاب الزوج ولم يترك نفقة لزوجته ولم يترك شيئا يبيعه القاضي للنفقة كان للزوجة ان تطلب التفريق .

جاء في الانصاف [1]: اذا كان له مال وكان غائبا كان للحاكم ان يبيع ولو من عقاراته لتنفق على نفسها ، والا كان لها الفسخ . هذا المذهب .

وجاء فيه ايضا : وان غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ. هذا المذهب .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى ان الزوج اذا امتنع عن الانفاق وكان له مال ظاهر اخذت النفقة من ماله وتباع في ذلك عروضه ومايملكه سواء أكان حاضرا ام غائبا بعد ان يؤجله القاضي مدة لعله ينفق خلالها .

اما اذا لم يكن له مال ظاهر فان ادعى العسر، منحه القاضي مهلة للانفاق فان مضت ولم ينفق طلق عليه . اما اذا ادعى القدرة واصر على عدم الانفاق ففي المذهب قولان : قيل يطلق عليه القاضي .

وقيل يسجن حتى ينفق .

جاء في شرح المواق [2] : فان غاب عن زوجة ولم يترك لها نفقة وله مال حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها انه ماترك لها نفقة ولا ارسل بها اليها ، ولا اسقطتها عنه .

---

(١) الانصاف ٣٩/٩ ،

(٢) شرح المواق ٢٠١/٤ .

وتباع في ذلك عروضه واملاكه بعد تأجيله في الاملاك.

وجاء في مواهب الجليل[1] : ومن لم يثبت عسره وامتنع عن الانفاق أو الطلاق فتارة يقر بالملاءة وتارة يدعي العسر .

فان ادعى العسر : تلوم له وان اقر بالملاءة فحكى ابن عرفة في ذلك قولين : احدهما : — انه يعجل عليه للطلاق . والثاني انه يسجن حتى ينفق •

واذا كان له مال ظاهر اخذت النفقة منه كرها .

وفي شرح الخرشي[2]: ويباع عقار الغائب في نفقة زوجته اذا لم يكن له مال ولا دين ولا وديعة بعد ثبوت ملكه له بالبينة •

الاختلاف بين المذاهب الثلاثة :

يبدو لي ان الشافعية حينما ذهبوا الى انه لا تفريق ان كان الزوج قادرا على الانفاق بل يجبر على ذلك حتى ولو كان غائبا ولم يترك مالا فلا تفريق خلافا لماذهب اليه المالكية والشافعية .

ان السبب في ذلك هو ان علة التفريق عند الشافعية هو ذات الاعسار . فاذا لم يثبت ذلك فلا تفريق . اما عند المالكية والحنابلة فان علة التفريق هو الضرر من عدم الانفاق فسواء كان موسرا وامتنع عن الانفاق ام كان معسرا ولم ينفق فالنتيجة واحدة والضرر حاصل للزوجة في كلا الامرين ولهذا اجازوا التفريق .

٢) اذا لم يكن للزوج مال

لا خلاف في المذاهب الثلاثة ان الزوج اذا امتنع عن الانفاق وكان معسرا فللزوجة ان تطلب التفريق من القاضي ان لم تصبر على فقره . اما لو انفقت على

---

(٣) مواهب الجليل ٤/١٩٦ .

(٤) شرح الخرشي ٣/٣٤٠ .

نفسها خلال مدة اعساره فلها ان ترجع بما انفقته على زوجها حين يساره لان نفقة الزوجة على زوجها، ولو كانت غنية .

جاء في نهاية المحتاج [1] : اذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم تصبر فلها فسخ الزواج بعد ان ترفع الامر الى القاضي ... اما ان صبرت وانفقت على نفسها اصبحت النفقة في ذمة زوجها تأخذه متى ايسر .

وجاء في الانصاف [2] : اذا عجز الرجل عن اقل نفقة خيرت المرأة بين الفسخ وبين المقام معه على النكاح .

وفي فتاوى ابن تيمية [3] : اذا تعذرت النفقة من جهة فلها فسخ النكاح [4].

وفي البهجة [4] : — ولها الفسخ ان عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية .

. . .

٣) هل الفسخ فوري أم يخضع للتأجيل :

الشافعية :

قال الشافعية اذا عجز الزوج عن النفقة فان كان سبب ذلك مرض ألم به وكان مرجو الزوال انتظرت الزوجة وصبرت حتى شفائه أما إذا كان المرض طويل الشفاء فلها أن تطلب من القاضي الفرقة .

وفي كل وقت ثبت للزوجة حق طلب الفرقة فلها ان تتقدم الى القاضي .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٣٦٣ .

(٢) الانصاف ٩/٣٩٠ .

(٣) ابن تيمية : تقي الدين احمد بن عبد الحليم ابن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي. ولد في حران عام ٦٦١ هـ وطلب العلم في دمشق وسافر الى مصر فسجن لفتوى خالف فيها علماء مصر ثم اطلق سراحه فعاد الى دمشق وتوفي فيها سنة ٧١٢ له مؤلفات كثيرة أشهرها : الفتاوى ، الاختيارات العلمية ، منهاج السنة، مجموعة رسائل فيها ٢٩ رسالة . راجع الاعلام ١/٤٤ .

(٣) فتاوي ابن تيمية ٤/٩٢ .

(٤) البهجة ٢/٣٩٧ .

وفي وقت الفسخ قولان : قيل يفسخ في الحال بدون تأجيل .
وقيل بل يؤجل القاضي الزوج ثلاثة أيام فإذا لم ينفق فرق بينهما.

جاء في المهذب [1] : وان كانت نفقته في عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت فان كان مرضا يرجى زواله في اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ، لانه يمكنها ان تستقرض ما تنفقه ثم تقضيه . وان كان مرضا مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لانه يلحقها الضرر لعدم النفقة .

وقال : وفي وقت الفسخ قولان : أحدهما ان لها الفسخ في الحال. والثاني انه يمهل ثلاثة أيام .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى ان الزوجة بالخيار في حق الفسخ فان شاءت ان تطلب ذلك فور اعسار الزوج كان لها ذلك، وان شاءت التراضي في الطلب فهي بالخيار.

جاء في كشاف القناع [2] : وحق الفسخ بالتراضي ان شاءت لانه كخيار العيب . ولها الفسخ من غير انتظار .

المالكية :

قال المالكية اذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي للتفريق لاعسار زوجها فعلى القاضي امهال الزوج فترة من الزمن لعله ينفق او يتدارك سبل العيش ولا تحديد لهذه المدة بل تخضع لتقدير القاضي حسب ظروف كل زوج وزوجته .

واذا مرض الزوج خلال مدة الانتظار فعلى القاضي ان يزيد مدة المرض في المهلة المقررة ان كان المرض يسيرا يرجى برؤه خلال أيام .

قال الدردير [3] : ونزيد في مدة التلوم ان مرض او سجن بعد

---

(١) المهذب ١٧٥/٢ .
(٢) كشاف القناع ٣٩٠/٥ .
(٣) الدردير على خليل ٦٠٨/٢ .

اثبات العسر لا في زمن اثباته فيزاد بقدر ما يرجى له شيء . وهذا اذا رجي برؤه من المرض وخاصة من السجن عن قرب والا طلق عليه .

وجاء في البهجة (١) : « ولما كان الاجل المذكور غير محتم بحيث لا يعدل عنه بل هو من جملة الاجال التي هي موكولة لاجتهاد الحكام فيوسعونها على من يرجى يسره ، ولا يوسعونها على من لا يرجى منه ذلك ، وعلى ما يرونه من حاجة صبر المرأة وعدم صبرها » .

٤) الرضا او العلم بالاعسار :

قال الشافعية والحنابلة : ان رضا الزوجة او علمها باعسار زوجها لا يسقط حقها في طلب التفريق لان هذا الحق متجدد في كل يوم وكذلك لو اشترط عليها ان لا نفقة لها عليه فلا يسقط حقها لانه شرط يخالف مقتضى العقد .

جاء في نهاية المحتاج (٢) : « لا يشترط عدم علمها بفقره عند العقد . فإذا علمت ورضيت به ثم عجز عن الانفاق لا يسقط حقها في الفسخ في النفقة لان النفقة ضرورية للحياة ورضاها لا يسقط حقها» .

وجاء في الوجيز (٣) : « وقولها رضيت باعساره ابدا وعدلا يجب الوفاء به» .

وفي كشاف القناع (٤) : « اذا رضيت بعسرته او تزوجته عالمة به فلا يسقط حقها ، أو شرط ان لا ينفق عليها » .

وحجة الحنابلة والشافعية : ان حق النفقة حق يتجدد في كل يوم فإذا اسقطت حقها في يوم ما يتجدد هذا الحق في اليوم التالي .

---

(١) البهجة ٢/٣٩٦ .
(٢) نهاية المحتاج ٦/٢٦٣ .
(٣) الوجيز ٢/١١٥ .
(٤) كشاف القناع ٥/٣٩٠ .

أما المالكية فقالوا ان علم الزوجة بفقر زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار لانها رضيت به فلا خيار لها .

جاء في الدسوقي [١] : اذا علمت حين العقد فقره فليس لها الفسخ .

وحجة المالكية : انهم قاسوا اسقاط حق الزوجة في النفقة على اسقاط حقها في طلب الفسخ للعنة فإذا ما رضيت واسقطت حقها فلاتفريق حينئذ .

٥) ماهو مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج حق للزوجة طلب التفريق

ان المذاهب الثلاثة التي أجازت التفريق للاعسار حددت النفقة بالقوت الضروري الذي لولاه لما استطاعت الزوجة الحياة ، حتى انهم قالوا يكفي الخبز دون الادام فان عجز عن الخبز كان لها طلب التفريق وان كان في كل من المذهبين الحنبلي والمالكي قولا بأنه يعتبر بالنسبة للزوجة الغنية نفقة الاغنياء .

كما انهم اتفقوا على انه لا تفريق لنفقة ماضيه .

قال الشافعية في المهذب [٢] : وان اعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ لان مازاد غير مستحق بالاعسار . وان اعسر بالادم لم يثبت لها الفسخ لان البدن يقوم بالطعام من غير ادم وان اعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لان البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت .

وجاء في نهاية المحتاج [٣] : لا فسخ عن النفقة المتجمدة الماضية ، ولكن تثبت في ذمته .

وقال الحنابلة في الانصاف [٤] : وان اعسر بالنفقة الماضية ، او نفقة الموسر او المتوسط او الادم ، او نفقة الخادم فلا فسخ لها . هذا المذهب .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٦٠٧ .

(٢) المهذب ٢/١٧٤ .

(٣) نهاية المحتاج ٦/٢٦٠ .

(٤) الانصاف ٩/٣٨٧ .

وقال ابن عقيل في التذكرة : ان كانت ممن جرت عادتها بأكل الطيب ولبس الناعم : لزمه ذلك . فان كان معسرا : ملكت الفسخ اذا عجز عن القيام به .

وقال في الرعاية الكبرى : وان اعتادت الطيب والناعم ، فعجز عنهما : فلها الفسخ .

وقال المالكية في شرح المواق [1] : قال ابن القاسم : ان كانت ذات شرف ولم يجد الا قوتها لا يفرق بينهما .

قال مالك : وان لم يجد ما يواريها الا ثوبا من غليظ الكتان لم يفرق بينهما وان كانت غنية .

وفي شرح الخرشي [2] : والزوج اذا كان قادرا على قوت زوجته الكامل من الخبز مأدوما أو غير مأدوم كان ذلك من قمح او غيره فإنه لا قيام لها بحق الفسخ ولو كانت ذات قدر وغنى على المشهور وكذا لا قيام لها اذا كان يقدر على ما يستر عورتها ويواريها من غليظ الكتان او الجلد وكانت غنية .

وقال الدردير [3] : ووجد من الكسوة ما يواري العورة أي جميع بدنها ولو من الخيش او الصوف او دون ما يلبسه فقراء المحل فلا يطلق عليه وان غنية .

وقال الدسوقي تعليقا على هذا النص : هذا على المشهور خلافا لاشهب . اي اذا كانت غنية فقد خالف اشهب وقال لها نفقة الاغنياء .

. . .

(١) المواق ١٩٦/٤ .

(٢) شرح الخرشي ٣٣٨/٣ .

(٣) الدردير ٦٠٨/٢ .

ثالثاً — آثار الفرقة وهل هي فسخ ام طلاق

ذهب الشافعية والحنابلة الى ان الفرقة للاعسار هي فسخ ولا تصح الا لدى الحاكم .

وذهب المالكية الى انها فرقة بطلاق وليست بفسخ والطلاق رجعي وللزوج ان أيسر الرجوع الى زوجته مادامت في العدة .

قال الشافعية في المهذب [1] : وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ الا بالحاكم لانه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم .

وقال الحنابلة في الانصاف [2] : ولا يجوز الفسخ في ذلك الا بحكم حاكم .

وقال المالكية في شرح الخرشي [3] : كل طلاق اوقعه الحاكم فهو بائن الا طلاق المولي والمعسر بالنفقة ، فللمعسر الرجعة ان وجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها .

وقال : فان اراد الزوج ان يراجعها فانه لايمكن من ذلك ، بل ولا يصح الا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثله لا اقل لان الطلقة التي اوقعها الحاكم كانت لاجل فقره فلا يمكن من الرجعة إلا اذا زال موجب الطلقة وهو الاعسار الا ان ترضى لان الحق لها .

ويلاحظ ان النفقة في هـذه الحالة يجب ألا تقل عن نفقتها المعتادة في حال يساره لانفقة الاعسار التي نص عليها الفقهاء حين فقره .

---

(١) المهذب ٢/١٧٥ .

(٢) الانصاف ٩/٣٩١ .

(٣) شرح الخرشي ٣/٣٣٨ .

الفرع الثاني

التفريق للاعسار بين الزوجين

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

ذهبت معظم قوانين البلاد العربية الى التفريق بين الزوجين اذا ما اعسر الزوج وطلبت الزوجة الطلاق من القاضي ، فالقاضي يأمر الزوج بالانفاق أو الطلاق فان أبى طلق عليه والطلاق رجعي يجوز للزوج ان يراجع او أنه اذا اثبت يساره ما دامت في العدة وذلك كله اخذا من المذهب المالكي .

الا ان القانون اللبناني لم يجز التفريق لعدم الانفاق اخذا من المذهب الحنفي والقانون العراقي ليس فيه من الوضوح ما يدل على التفريق في حال الاعسار وان كان صريحاً في التفريق لعدم الانفاق وهذا ماذهب اليه الشافعي .

لبنان :

م ٩٤ : اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة ، يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب .

م ٩٦ : اذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب على ان تكون ديناً بذمة الزوج ويأذن الزوجة بأن تستدين باسم الزوج .

العراق :

م ٤٥ ف ١ — للزوجة ان ترفع الدعوى بطلب التفريق من زوجها في الحالتين :

١) امتناع الزوج من الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوماً .

٢) تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة .

٢ – يعتبر تفريق القاضي في الحالتين المتقدمتين طلاقا رجعياً .

تونس :

الفصل ٣٩ : لا يلزم الزوج بالنفقة اذا اعسر الا ان الحاكم يتلوم له بشهرين، فان عجز بعد اتمامها عن الانفاق طلق عليه زوجته ، واذا كانت الزوجه عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق .

الفصل ٤٠ : اذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقم احد بالانفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم اجلا مدة شهر، على ان يظهر ثم يطلق عليه بعد ثبوت ماسلف وحلف المرأة على ذلك .

ويلاحظ ان القانون التونسي نص صراحة على ان علم المرأة باعسار زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار .

وهذا يوافق ماجاء في المذهب المالكي خلافاً للمذهبين الشافعي والحنبلي .

مصر :

م ٤ : اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر او موسر، ولكن اصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال .

وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا وان اثبته امهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

م ٥ : اذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له اجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها او لم يحضر للانفاق عليها طلق عليها القاضي بعد مضي الاجل .

فان كان بعيد الغيبة لايسهل الوصول اليه او كان مجهول المحل او كان مجهول المحل او كان مفقودا وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي.

وتسري احكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

م ٦ : تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً وللزوج ان يراجع زوجته اذا ثبت ايساره واستعد للانفاق في اثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة.

الاردن :

ونفس المواد التي جاء بها القانون المصري اخذ بها القانون الاردني في مواده ٩٨ – ٩٩ – ١٠٠.

سورية :

م ١١٠ ف ١) يجوز للزوجة طلب التفريق اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة.

٢) ان اثبت عجزه او كان غائباً امهله القاضي مدة مناسبة لاتتجاوز ثلاثة اشهر فان لم ينفق فرق القاضي بينهما.

م ١١١ : تفريق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً وللزوج ان يراجع زوجته في العدة بشرط ان يثبت يساره ويستعد للانفاق.

المغرب :

وبمثل المواد التي جاء بها القانون السوري نص القانون المغربي في الفصل الثالث والخمسون.

. . .

ملاحظاتنا حول مواد التفريق للاعسار :

١) لم تفرق قوانين البلاد العربية - عدا العراقي منها - بين حالتين كان يجب التفريق بينهما هي حالة امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته وحال امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته .

فالزوج القادر على الانفاق اذا لم ينفق على زوجته يجب تعزيره فضلاً عن تطليق زوجته عليه ان أبى الطلاق .

اما اذا كان الامتناع عن الانفاق للاعسار فالامر في رأيي يختلف عن الحالة الاولى .

٢) لم تفرق القوانين بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة وفي رأينا انه يجب التفرقة بينهما . فالزوجة اذا كانت غنية تستطيع الانفاق على نفسها وعلى زوجها فهذه يجب ألا يفرق بينها وبين زوجها اذ مناط التفريق يجب ان يكون الضرر ولا ضرر هنا من زوجة غنية تملك الانفاق ولا تنفق .

ومن الطبيعي ان تعتبر الزوجة التي لا مال لها ولها كسب تستطيع الانفاق منه كما لو كانت موظفة مثلا بحكم الموسرين . فهذه في رأينا يجب أن تنفق على زوجها حرصاً على بقاء الحياة الزوجية ما امكن لذلك سبيلا، وخاصة وان الفقر موقت قد لا يدوم .

أما ان لم تكن موظفة أو لا كسب لها فليس من المعقول أن نطالبها بالعمل لتنفق على زوجها لان في هذا ارهاقاً فضلاً عن ان عدداً من المذاهب اباح لها طلب التفريق ولو كانت غنية .

فالزوجة الغنية ان كان زوجها ممتنعاً عن الانفاق عن قدرة فهذا كما قلنا يجب ان يفرق بينه وبين زوجته لانه ظالم لا فرق في هذا ان كانت زوجته فقيرة أو غنية .

أما ان كانت الزوجة فقيرة والزوج معسر لا يملك النفقة فهذه يفرق بينها وبين زوجها اذا طلبت ذلك لانها لا تستطيع الحياة بدون نفقة .

٣) لم تحدد القوانين مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج فرق القاضي بينهما اذا طلبت الزوجة ذلك ، وقد رأينا في المذهب المالكي وهو مصدر هذه المواد انها النفقة الضرورية. بل جميع المذاهب التي اجازت التفريق للاعسار حددته النفقة بالضروريات التي لولاها ما قامت الحياة لا نفقة الموسرين .

وكان الاجدر بالقوانين ان تحدد رأيها في الموضوع ليعرف القضاء وجهة المشرع في هذه النقطة هل كما ذهبت المذاهب ام انها النفقة المعتادة بين الزوجين.

٤) اعتبرت جميع القوانين التي اجازت التفريق للاعسار الفرقة طلاقاً رجعياً وهو فقه حسن وفيه مراعاة لظروف الزوج فقد يوسر وامرأته في العدة فيعود اليها.

وأيضاً لم تحدد القوانين النفقة التي ان حصل عليها استطاع الرجوع الى زوجته هل هي نفقة الاعسار ام النفقة المعتادة ؟..

والمصدر لهذه المواد يقول انها النفقة المعتادة بين الزوجين اما اذا حصل على نفقة الاعسار ، فلا يحق له الرجوع والرجعة باطلة .

* * *

الفرع الثالث

الاجتهادات القضائية

نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت غنية

في قرار لمحكمة التمييز السورية[1] : ان نفقة الزوجة تستوجب على الزواج ولو كانت غنية غير محتاجة كما قررت أنه اذا تقدمت الزوجة بدعوى تطلب التفريق للاعسار وردت الدعوى فلا مانع من تجديدهما .

وقررت[2] ايضاً : ان رد الدعوى للاعسار لا يمنع تجديدها .

مقدار النفقة للزوج المعسر :

جاء في حكم لمحكمة ديروط الشرعية[3] : ادعاء الزوجة اعسار زوجها وتقدير ما تطلبه من نفقتها بمثل النفقة على الموسرين تناقض مانع من سماع دعواها الاطلاق للاعسار اذا كان هناك كفيل بالنفقة .

في حكم لمحكمة سنورس الشرعية[4] : لا تطلق الزوجة للاعسار اذا كان لها كفيل بالنفقة وموسر وله مال ظاهر .

---

(١) قرار التمييز السورية ١٦/٤/١٩٥٣ وفي قرار آخر في ٣١/٨/١٩٥٤ أن نفقة الزوجة تترتب على الزوج ولو كانت موسرة ولا فرق بين اليسار الاصلي والطارىء .

(٢) التمييز السورية ٩/٩/١٩٥٣ .

(٣) محكمة ديروط الشرعية بمصر ٢٥ محرم ١٣٦٥ في ٣٠ ديسمبر ١٩٤٥ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

(٤) محكمة سنورس الشرعية ١٢ رمضان ١٣٥٠ - ٢٠ يناير ١٩٣٢ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

الزوج الغائب اذا لم يترك نفقة :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية[1] : اذا تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق في الغيبة القريبة حكم القاضي بالتفريق بدون اعذار الحاقا للغيبة القريبة بالغيبة البعيدة .

شروط الرجعة للمطلق للاعسار :

في حكم لمحكمة الفيوم[2] : « لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة لمطلقته للاعسار ما دامت حاله لم تتغير الى ايسار » .

ولكننا نرى ان هذا لا يكفي بل لا بد من شرط آخر وهو استعداده للانفاق اذا يساره وحده فيه كاف للرجعة .

كما جاء في حكم لمحكمة شبين القناطر الشرعية[3] :

لا تصح الرجعة من طلاق للاعسار الا اذا ايسر الزوج واستعد للانفاق .

القاضي هو الذي يقدر مقدار اليسار :

جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية[4] :

لا يرتفع الضرر بعد ثبوت الاعسار والحكم بالطلاق بعرض نفقة شهر بعد امتناع اشهر وبعد الاعذار بالطلاق والقاضي هو الذي يقدر كفاية اليسار وعدمه وحقيقة الاستعداد للانفاق .

ونلاحظ على هذا الحكم انه اعطى القاضي حق تقدير يسار الزوج واستعداده للانفاق ونحن نرى ان القاضي مقيد في هذا بالمذهب الذي استمد

---

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ ١٦ مايو ١٩٣٤ .

(٢) محكمة الفيوم ٢٩ صفر ١٣٥٣ في ٢١ يونيه ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩١ .

(٣) محكمة شبين القناطر الشرعية ٨ جادى الثاني ١٣٥١ ١٨ اكتوبر ١٩٣٢ المحاماة س ٤ ص ٣٢٨ .

(٤) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ٥ ربيع أول ١٨٥٣ ٢٥ ابريل ١٩٣٩ المحاماة س ١٠ ص ٨٢٤ .

منه الشارع هذا النص وهو ان النفقة في مثل هذه الحالة هي نفقة الموسرين لا نفقة الفقراء فان لم تتوفر فلا تصح الرجعة .

اما اذا اصر على عدم الانفاق وراجع زوجته فالرجعة باطلة :

جاء في حكم لمحكمة ههيا الجزئية الشرعية[1] : تبطل الرجعة بعد الطلاق للاعسار ما دام الزوج مصرا على الامتناع عن النفقة .

والرجعة صحيحة بشرطيها السابقين ما دامت الزوجة في العدة :

في حكم لمحكمة طنطا الشرعية[2] : تقع الرجعة صحيحة شرعاً ، بعد الطلاق للاعسار ، اذا كانت في العدة وعرض عليها زوجها نفقتها الحاضرة .

* * *

(١) محكمة ههيا الشرعية الجزئية ٩ رمضان ١٣٤٩ ٢٨ يناير ١٩٣١ المحاماة الشرعية س ٨٠ س ٣ ع ١ .

(٢) محكمة طنطا الشرعية ١٠ ذي القعدة ١٣٥١ في ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة الشرعية س ٥ ع ٩ .

الفرع الرابع

المواد المقترحة للتفريق بين الزوجين للاعسار

م ١ : اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته وكان له مال ظاهر او دين على موسر نفذ القاضي عليه ما يكفي للانفاق على زوجته .

اما اذا لم يكن له مال ظاهر وكان قادرا على الانفاق واصر على عدم الانفاق طلق القاضي عليه اذا ابى الطلاق وطلبت الزوجة ذلك .

م ٢ : اذا كان الزوج معسراً لايملك الانفاق وطلبت زوجته التفريق فان كانت فقيرة ، ولم تجد من يقرضها على زوجها فرق بينهما .

اما ان كانت غنية فلا يفرق بينهما بل تجبر على الانفاق على نفسها وعلى زوجها حتى يساره .

م ٣ : التفريق للاعسار يكون حين يعسر الزوج عن نفقة المعسرين لا النفقة المعتادة الواجبة عليه حين يساره .

م ٤ : الطلاق للاعسار رجعي .

م ٥ : تصح مراجعة الزوج مادامت الزوجة في العدة اذا أيسر واستعد للانفاق النفقة المعتادة .

* * *

المبحث الثاني

التفريق للاعسار لدى اليهود

طائفة الربانيين

يلزم الزوج لدى اليهود بالانفاق على زوجته ، فاذا اعسر كانت النفقة ديناً في ذمته . فاذا استدانت الزوجة من آخر لتنفق على نفسها وجب على الزوج وفاء الدين حين اليسار . اما اذا تطوع شخص وانفق على الزوجة بدون اذن الزوج فلا يحق له الرجوع عليه الا اذا كان مديناً له .

وفي حالة عدم وجود من يقرض الزوجة للانفاق او يتطوع ذلك واعسر الزوج عن النفقة الضرورية فيجب على الزوج حينئذ ان يطلق زوجته .

وفى حالة غياب الزوج :

اذا لم يترك الزوج نفقة واستدانت الزوجة كان ذلك على زوجها ديناً في ذمته .

جاء في المادة ١١٣ : اذا استدانت الزوجة من اجل النفقة حال غياب زوجها لزمه الدين[١] .

وفى حالة تطوع آخر بالانفاق :

م ١١٤ : اذا تطوع احد وانفق على الزوجة فلا رجوع له على الزوج بغير ارادته وانما اذا كان المنفق دائناً له وجبت المقاصة[٢] .

---

(١) الاحكام الشرعية للاسرائيليين .

(٢) راجع بحث المقاصة في الفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور . وهو من البحوث الهامة في الفقه المقارن .

اذا تركت الزوجة بيتها للشقاق :

م ١١٩ : اذا قام شقاق بين الزوجين وكان الرجل السبب فيه واضطرت المرأة ان تترك بيته واستدانت لتنفق لزمه الدين .

ويبدو من هذه المادة ان الناشزة التي تترك بيتها بدون سبب من الزوج لا نفقة لها .

وكذلك اذا تركت البيت لضرب زوجها :

م ١٢٢ : اذا تركت الزوجة المنزل هرباً من الضرب واضطرت ان تستدين لتنفق لزم زوجها الدين .

أما في حالة الاعسار :

م ٢١٥ : اذا اعوز الرجل حتى لم يعد في وسعه القوت الضروري لزمه الطلاق وبقيت حقوق الزوجية ديناً في ذمته .

• • •

طائفة القرائين

لا خلاف لدى اليهود في التفريق للاعسار ووجوب النفقة على الزوج فقد جاء في شعار الخضر [1] : للمرأة على الرجل نفقتها وكسوتها .

وقال [2] : ومحصل الامر وجوب النفقة والكسوة والاحصان والا فالطلاق اذا قصر ما لم تعف .

مقارنة بين الشريعة الاسلامية واليهودية في التفريق للاعسار

تتفق الشريعتان على ان نفقة الزوجة على زوجها في حال يساره حيث ينفق وفي حال إعساره حيث تكون ديناً في ذمته .

وكذلك في حال الاستدانة فواجب الوفاء من الزوج اذا اضطرت الزوجة للاستقراض من اجنبي اذا لم تكن الزوجة ناشزة والا فلا نفقة لها .

أما نقطة الخلاف فهي جوهرية في رأيي هو ان التطليق واجب على الزوج في حال الاعسار لدى الشريعة اليهودية بينما في الشريعة الاسلامية هو حق للزوجة لها ان تطالب به ولها ان تصبر على اعساره ولا يجب على الزوج الطلاق اذا لم تطلبه الزوجة .

---

(١) شعار الخضر ص ١١١ .

(٢) المصدر السابق ص ١١٣ .

الباب الخامس

الطلاق بحكم الشرع والقانون

وهو يتضمن :

الفصل الأول : اللعان والتفريق للزنا

الفصل الثاني . الظهار

الفصل الثالث : الايلاء

الفصل الرابع : الفرقة بتغيير الدين

الفصل الأول

اللعان او التفريق للزنا

اجمعت الشرائع والقوانين على استنكار الزنا باعتباره من الجرائم التي تهـدد كيان المجتمع وتعمل على تفتيت أواصر وحدته وان اختلفت في مقدار العقوبة نظرا لاختلافها في تكييف هذه الجريمة وهل هي جريمة عامة تهم المجتمع فيجب عليه ان يعمل لمكافحتها أم هي جريمة خاصة تهم من تضرر منها .

لا خلاف بين الشرائع والقوانين ان جريمة الزنا من أحد الزوجين أشد وقعا وأكثر أثراً من جريمة غير المتزوج ، ويشارك الاسلام في هذه النظرة من حيث العقوبة فعقوبة الزوج أشد من عقوبة غير المتزوج في شريعة الاسلام .

إلا أن الاسلام يمتاز بنظرته إلى زنا الزوجين على انها جريمة موجهة لا للاسرة فحسب بل للمجتمع بكامله . فزنا الزوجين في القوانين الأجنبيـة هو اخلال بالالتزام الزوجي بدليل انه لو صفح أحد الزوجين عن جريمة الآخر لما كانت هناك جريمة ، بل اذا وافق الزوج أو الزنا فلا مؤاخذة ولا طلاق . هذه النزعة التي لا تزال في قوانين البلاد الاوروبية كما سنرى حين بحثها يبدو لي أنها نزعة رومانية قديمة حيث كان الرجل يوقع عقوبة الموت على زوجته إذا زنت وخانته وكان العقاب خاصاً به باعتباره هو المسئول عن ذلك ثم انتقل حق العقوبة الى مجلس عائلي يضم أفراد الاسرتين .

أما في الشريعة الاسلامية فسواء رضي الزوج أم سكت فالعقوبة نافذة لأن الجريمة لم ترتكب ضد الزوج وحده وانما انتهك فيها القانون فوجب العقاب.

وسنبحث في هذا الموضوع اللعان في الشريعة الاسلامية وهو ما اذا اتهم الزوج زوجته بالزنا وعجز عن اثبات ذلك وسنقارن هذا البحث مع ما جاء في الشرائع اليهودية والمسيحية ثم نذكر القوانين الاجنبية التي أخذت بالتفريق بين الزوجين لسبب الزنا.

ثم نبين بمقارنة موجزة بين نظام اللعان في الاسلام وبين التفريق للزنا بين الشرائع والقوانين.

• • •

المبحث الاول

اللعان في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الزنا جريمة تهد كيان المجتمع فتصيبه بالتفكك والانحلال لما ينتج عنه من ضياع الانساب وانتشار الامراض وسوء الاخلاق .

واذا كانت النظرة الى الزنا في المجتمع الذي يحترم كرامة الانسان نظرة ازدراء واحتقار فان هذه النظرة لتكون أشد وقعاً اذا كانت الجريمة من فرد ارتبط مع آخر برباط المحبة والمودة .

وقد جاءت الشرائع والقوانين تحارب هذه الجريمة بعقوبتين عقوبة على من ارتكب جريمة الزنا أياً كان وعقوبة أخرى على الرجل المتزوج لانه خان العهد عهد الوفاء بينه وبين شريكه في الحياة فإذا ارتكب الزوج هذه الجريمة كان لا بد من عقوبتين عقوبة للدوله باعتبارها تمثل المجتمع الذي انتهكت فيه حرمته وعقوبة للأسرة رعاية وحفظا لها وهي التفريق بين الزوجين .

فإذا ارتكبت الزوجة جريمة الزنا وعجز الزوج عن اثبات هذه الجريمة وشكا أمرها إلى القاضي ووقع التفريق بينهما بعد اجراءات وايمان كان هذا هو اللعان في الشريعة الاسلامية (١) .

---

(١) اذا اتهمت الزوجة زوجها بالزنا فان أثبتت ذلك حد الزوج حد الزنا وان عجزت فلا لعان بينهما لأن اللعان خاص باتهام الزوج زوجته وحينئذ يقام على الزوجة حد القذف . وفي رأينا ان هذا يعد سبباً لطلب التفريق للضرر والشقاق لأن الزوجة التي تتهم زوجها بالزنا يتعذر ان لم نقل يستحيل استمرار الحياة الزوجية بينهما .

فاللعان انما شرع ليكون العقوبة على الزوجة الزانية التي يعجز الزوج عن اثبات جريمتها نظراً لما احاطه الشارع لهــذه الجريمة من وسائل الاثبات يصعب تحقيقها .

فالرجل اذا رأى زوجته تزني او شك في سلوكها أو في حمل حملته ظهر له انه من غيره . في هذه الحالات كلها ماذا يفعل؟...

اذا اتهمها بالزنا وصعب عليه الاثبات ـ وغالباً ما يكون كذلك ـ وجب عليه حد القذف . وان سكت على زناها لا يجوز لان الله تعالى يقول : «والزاني لا ينكح الا الزانية أو مشركة والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين» .

قد يقال ان الرجل يملك الطلاق فأي حاجة الى اللعان وتفريق القاضي؟..
والجواب على ذلك :

قد يكون ولد يريد نفيه او قد تكون هناك التزامات مالية تترتب على الطلاق اذا كان بارادته المنفردة .

لهذا شرع الله اللعان بين الزوجين .

• • •

الفرع الأول

تعريف اللعان ومصدر تشريعه

تعريفه :

لغة : اللعان لغة مصدر لاعن كقاتل من اللعن وهو الطرد والابعاد .

واصطلاحاً : عرفه صاحب تنوير الابصار بقوله [١] : شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها .

وجاء في شرح الخرشي [٢] : قال ابن عرفة : اللعان : حلف الزوج على زنا زوجته او نفى حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه .

وفي الروضة البهية [٣] : هو المباهلة بين الزوجين في ازالة حد او نفي ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم .

وفي مغنى المحتاج [٤] : اللعان : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر الى قذف ، من لطخ فراشه والحق العار به ، أو الى نفي ولد .

---

(١) تنوير الابصار ١/٤٠٨ ، ابن عابدين ٢/٦٠١ ، المبسوط ٦/٢١ ، والبدائع ٣/١٧٥ .

(٢) شرح الخرشي ٣/٢٦٣ .

(٣) الروضة البهية ٢/١٨١ .

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٦٧ .

وعرفه الحنابلة في التنقيح المشبع [1].

شهادات مؤكدات بايمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف في جانبه، وحد زنا في جانبها.

ومن التعاريف السابقة نستطيع ان نضع التعريف التالي :

اللعان :

اربع شهادات من الزوجين امام الحاكم مؤكدات بالايمان مقرونة : شهادة الزوج باللعن ، وشهادة الزوجة بالغضب، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حق الزنا في حقها .

* * *

---

(١) التنقيح المشبع ص ٢٤٩ .

مصدر تشريعه : القرآن والسنة

القرآن :

جاء في سورة النور : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون . الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم .

والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين [1]» .

هذه الآيات الكريمات بينت لنا عقوبة من يقذف المحصنات عامة ، ثم عقوبة من يقذف من الازواج زوجته . وهذه العقوبة التي جاء بها القرآن الكريم جلد ثمانين جلدة الا اذا اتى بأربعة شهود [2] وبالنسبة للزوج فقد نزلت آية اللعان ببيان ما يدرأ عن الزوج ذلك وهي أربع شهادات .

السنة :

عن أنس : أن هلال بن امية قذف شريك بن السمحاء بامرأته فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ائت باربعة شهداء ، والا فحد في ظهرك قال ذلك مرارا . ولم تكن اية اللعان قد نزلت .

---

(١) سورة النور الآيات ٤ - ٩ .

(٢) قال الفقهاء ان القاذف اذا لم يأت بأربعة شهداء فعليه ثلاث عقوبات ١) جلد ثمانين جلدة ٢) بطلان شهادته ٣) الحكم بتفسيقه الى ان يتوب .

فقال هلال : والله يارسول الله ان الله ليعلم اني لصادق ، وليزلن الله عليك مايبرىء ظهري من الجلد ، فبينما هم كذلك اذ نزلت آية اللعان : والذين يرمون ازواجهم .. فدعا هلالا فشهد اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعيت المرأة فشهدت اربع شهادات بالله انها من الصادقين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ثم فرق بينهما[1] .

وجاء في صحيح البخاري[2] :

عن سهل بن سعد الساعدي : ان عويمر العجلاني جاء الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له ياعاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ام كيف يفعل ؟.. سل لي ياعاصم عن ذلك . فسأل عاصم رسول الله عن ذلك فكره رسول الله المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ماسمع من رسول الله ، فلما رجع عاصم الى اهله جاءه عويمر فقال : ياعاصم ماذا قال لك رسول الله فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر والله لا انتهي حتى اسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله وسط الناس فقال يارسول الله ارأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ام كيف يفعل ؟.. فقال رسول الله قد انزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها . قال سهل : فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله[3] .

وقد اختلف المفسرون والفقهاء فيمن نزلت به آيات اللعان هل هو هلال بن امية أم عويمر العجلاني ، وقد جمع بعضهم بينهما فقال ابن حجر بأن اول من وقع له ذلك هلال وصادف مجيء عويمر أيضاً فنزلت في شأنهما معا في وقت واحد[4] .

وبهذا نستطيع القول بأن حد القذف كما جاء في الآية الكريمة : والذين

---

(١) نيل الأوطار ٦/٢٦٨ .

(٢) فتح الباري - ط الخشاب ٩/٣٧٠ .

(٣) الرسالة للشافعي ص ١٤٨ الام ٥/١١١ .

(٤) فتح الباري ٨/٣٧١ .

يرمون المحصنات.. كان عاماً في كل قاذف. ولما عرضت هذه الحادثة على رسول الله ووقع السائل في حرج من ذلك حيث سيطبق عليه الحد، نزلت الآية فكانت تشريعاً جاء فيه: من يقذف زوجته فحكمه اللعان اذا لم يأت بالشهود، ومن يقذف الاجنبية فحكمه كما كان اذا لم يأت بالشهود اقيم عليه الحد.

يقول الجصاص [1]: اقيم اللعان في الزوجات مقام الحد في الاجنبيات.

• • •

---

(١) احكام القرآن ٣/٣٣٢.

الفرع الثاني

صيغة اللعان وكيفيته

لاخلاف يذكر بين الفقهاء حول صيغة اللعان لانها وردت في القرآن الكريم وقضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بين ملأ من صحبه .

قال الاحناف والحنابلة والامامية :

اللعان : ان يشهد الزوج اربع شهادات بالله انه من الصادقين فيما رماها به من الزنا او نفى هذا الولد والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا او نفى هذا الولد .

وتشهد الزوجة اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا او نفى الولد والخامسة ان غضب الله عليها[1] ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا او نفي الولد[2] .

وهذا ماجاء في ظاهر الرواية عند الاحناف[3] .

---

(١) وانما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب لان الرجل اذا كان كاذباً لم يصل ذنبه الى اكثر من القذف وان كانت هي كاذبة فذنبها اعظم لما فيه من تلويث الفراش والتعرض لالحاق من ليس من الزوج به . ابن حجر في فتح الباري ٣٦٥٩ .

(٢) مجمع الانهر ٤٦٤/١ ، الانصاف ٢٣٥/٩ الروضة البهية ١٨٢/٢ المختصر النافع ٢٣٥ . المبسوط ٤٣/٧ ، الزيلعي ١٧/٣ .

(٣) يرجع الفضل في تدوين مذهب ابي حنيفة الى الامام محمد بن الحسن الشيباني فقد نقل عن ابي حنيفة رأي المذهب في كتب عديدة تقسم الى قسمين :

الاولى : مانقلها الثقات عن محمد بن الحسن وتسمى كتب ظاهر الرواية وهي ستة : المبسوط الجامع الكبير ، الجامع الصغير ، كتاب السير الصغير ، كتاب السير الكبير والزيادات . =

وجاء في النوادر عن الحسن عن ابي حنيفة انه لابد ان يقول انه لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول : انت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لأنه اذا ذكر بلفظ الغائبة (رميتها) ، يمكن فيه شبهة واحتمال .

وقال الزيدية والليث بن سعد[1] : اللعان : ان يشهد الزوج أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتشهد المرأة أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان هو من الكاذبين .

وقال مالك[2] : اللعان ان يحلف الزوج أربع شهادات بالله يقول في كل شهادة منها : اشهد بالله اني رأيتها تزني أو ان هذا الحمل ليس مني ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بنقيض ماشهد هو به . ثم الخامسة تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

وما ذهب اليه مالك يخالف ظاهر الكتاب والسنة ففي القرآن والاحاديث السالفة لايوجد مايشير الى أنه يشترط ان يقول انه رآها تزني .

اما الشافعية[3] : فيشترطون ذكر اسم الزوجة في اللعان .

قال الشافعي : اللعان ان يشهد بالله أربع انه لمن الصادقين فيما رميت به

= وقد جمعت هذه الكتب الستة في كتاب الكافي للحاكم الشهيد ، ثم شرح الكافي في كتاب اسمه المبسوط بثلاثين جزءاً لشمس الدين السرقسي .

الثانية : مالم ينقليا النقات عن محمد بن الحسن وتسمى كتب النوادر واهمها : كتاب الكيسانيات والرقيات ، والهقرونيات ، والجرجانيات .

(١) الليث بن سعد بن عبد الرحمن ابو الحارث : امام اهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً. اصله من خراسان ولد في عام ٩٤ ﻫ توفي في القاهرة عام ١٧٥ ﻫ . قال الشافعي : الليث أفقه مالك الا أن اصحابه لم يقوموا به .

(٢) الروض النضير ٤/١٩١ بداية المجتهد ٢/٧٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٦/١٨٩ .

زوجتي فلانه بنت فلان ويشير اليها ان كانت حاضرة.ثم يعظه الامام ويذكره بالله ويقول ، اني اخاف ان لم تكن صدقت ان تبوء بلعنة الله ، فان يريد ان يمضي أمره يضع يده على فيه ويقول :

ان قولك عليّ لعنة الله ان كنت من الكاذبين موجبة لعنة الله ان كنت من الكاذبين .

وكذلك لاضرورة الى ذكر اسم الزوجة لان الاشارة الى زوجته تغني عن ذكر اسمها واسم ابيها .

امام الحاكم :

واتفق الفقهاء على انه لابد في اللعان ان يكون امام الحاكم وذلك لامرين :

١) قوله عليه السلام لعويمر العجلاني : ائت بزوجتك .

٢) وهل يشترط ان يكون ذلك لينصح الحاكم الزوجين لعل احدهما يرجع عن رأيه قبل ان يتم اللعان بينهما [١] .

ولا بد ان يطلب احد الزوجين اللعان وقال بذلك الظاهرية فقالوا يجب على القاضي ان يجمعهما ولو لم يطلب احدهما ذلك [٢] .

---

(١) قال ابن القيم في زاد المعاد ٩٨/٤ ، امر النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي بامرأته فدل على انه لا بد ان يكون بحضرة الحاكم وليس للرعية اقامة ذلك .

(٢) المحلى ١٤٣/١٠ وجاء مثل ذلك في التاج المذهب ٢٦٠/٢ .

الفرع الثالث

شروط وجوب اللعان

اتفق الفقهاء على ان لالعان الا بين زوجين لما بينا ان حكم اللعان شرع للزوجين بدل حكم القذف للاجنبيات .

الاسلام والعدالة :

ولكن الفقهاء اختلفوا في شروط الزوجين هل يشترط فيهما الاسلام والعدالة أم لا ؟

قال الاحناف ورواية عن احمد وقول عند الجعفرية وهو قول الثوري والاوزاعي : انه يشترط ان يكون بين زوجين مسلمين[1].

قال الجعفرية في الروضة البهية[2] : ويشترط ان يكون الملاعن كاملا بالبلوغ والعقل ، ولا تشترط العدالة ولا الحرية ولا الاسلام بل يلاعن ولو كان كافراً وقيل :

لا يلاعن الكافر بناء على انه شهادات وهو ليس من اهلها .

وقال الحنابلة في الانصاف[3] : يشترط ان يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين او ذميين او فاسقين أو كان احدهما كذلك في احدى الروايتين

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٦٠١ المبسوط ٧/٤٠ والبدائع ٣/٢٤٠ .

(٢) الروضة البهية ٢/١٨٢ .

(٣) الانصاف ٩/٢٤٢ .

وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب .

والرواية الاخرى : لايصح الا بين زوجين مكلفين مسلمين اختاره الخرقي وقاله القاضي والشريف وابو الخطاب ونوجهه .

وقال الظاهرية في المحلى[1] : اللعان بين زوجين مسلمين ام كتابيين سواء كان محدوداً في قذف اوزنا اولا .

وقال المالكية في بداية المجتهد[2] : ويجوز بين زوجين مسلمين او مسلم وذميه .

اولاً — قال في الروض النضير[3] : فيصح من كل زوج يصح طلاقه او يمينه سواء كانا كافرين ام مسلمين او أحدهما مسلماً والآخر كافرا .

وذهب الهادويه : لايجوز الا من مسلمين .

منشأ الخلاف :

ان منشأ الخلاف بين من اشترط الاسلام والعدالة وبين من لم يشترط هو الخلاف حول ماهية اللعان هل هو يمين أم شهادة . فالذين اعتبروه شهادة اشترطوا فيه مايشترط في الشهادة من شروط كالاحناف ولهذا قالوا فيمن يلاعن يشترط ان يكون من اهل الشهادة وان يكون ممن يجب عليه حد القذف . اما الذين لم يشترطوا الاسلام ولا العدالة فقالوا انه يمين .

وقال بعضهم ان اللعان يجمع بين الوصفين أي اليمين والشهادة والى هذا ذهب ابن القيم في زاد المعاد[4] .

---

(١) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٧١ .

(٣) الروض النضير ٤/١٩٨ .

(٤) زاد المعاد ٤/٩٣ قال ابن القيم : والصحيح ان اللعان يجمع الوصفين اليمين والشهادة .

ادلة من قال أن اللعان شهادة

قوله تعالى : « والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ...

من هذه الآية نستدل :

١ ـ انه سبحانه وتعالى استثنى انفسهم من الشهداء ، وهذا استثناء متصل قطعا ولهذا جاء مرفوعا ، فدل على ان اللعان شهادة من كل من الزوجين فيشترط فيه اذن مايشترط في الشهادة .

٢ ـ وقد صرح بأن اللعان شهادة ثم زاد سبحانه هذا بيانا فقال : ويدرأ عنها العذاب ان يشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين .

٣ ـ وانه جعله بدلا من الشهود وقائما مقامهم عند عدمهم .

. . .

ادلة من قال ان اللعان يمين

القرآن :

قالوا يصح اللعان من كل من يصح يمينه لعموم قوله تعالى : والذين يرمون ازواجهم[١] ....

السنة :

وان النبي صلى الله عليه وسلم سماه ايمانا بقوله لمن لاعنها زوجها ، لولا

---

(١) زاد المعاد ٩٢/٤ .

الايمان لكان لي ولها شأن[1] :

القياس :

وقالوا انه يستوي فيه الذكر والانثى بخلاف الشهادة .

الشهادة تطلق على اليمين :

فلو قال اشهد بالله انعقدت يمينه بذلك سواء نوى اليمين أو اطلق[2] .

وردوا على دليل الاحناف

١ – ان كلمة إلا ههنا صفة بمعنى غير والمعنى : ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم فان كلمة غير والا يستعملان في الوصف والاستثناء فيستثنى بغير حملا على الا، ويوصف بإلا حملا على غير .

٢ – ان أنفسهم يجوز ان تكون استثناء منقطعاً على لغة بني تميم فأنهم يبدلون في الانقطاع كما يبدل اهل الحجاز وهم في الاتصال .

٣ – انه استثنى انفسهم من الشهداء لانه اعتبر وجودهم مكان الشهداء وهذا يؤيد الجمهور في انه اذا امتنعت عن اللعان اقيم عليها حد الرجيم .

اهلية الزوجة

هل يصح اللعان للزوجة الصغيرة او المجنونة :

قال الحنفية[3] : اذا كانت كافرة او صغيرة او مجنونة فلا حد لعدم الاحصان ولا لعان لذلك .

---

(١) اما الاحناف فيردون هذا الحديث برواية من : لولا ما نص من كتاب الله .. وهذا لفظ البخاري .

(٢) العرب تعد ذلك يميناً في لغتها قال قيس :

واشهد عند الله اني احبها — فهذا لها عندي فما عندها لي

(٣) ابن عابدين ٢/٦٠١ .

وجـاء في المبسوط [1] : واذ قذفهـــا وهي صغيرة او هو صغير فـلا حد ولا لعان .

أما الصبي فقوله هذر والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك اذا كان احدهما مجنونا او معتوها .

وقال الظـاهرية [2] : ان كانت صغيرة أو مجنونة حد حد القذف ولابد، ولا لعان في ذلك . لان الصغيرة والمجنونة لا يكون منها الزنا اصـلا والحد بنص القرآن واجب على كل من رما بالزنا .

وقال الحنابلة [3] : اذا قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما . هـذا المذهب .

واشترط الجعفرية [4] : أن تكون فوق الثامنة من عمرها كما اشترط الزيدية [5] : أن تكون مكلفة والا فلا لعان .

وقال الشافعية [6] : اذا قذف زوجتـه الصغيرة وهي بمن لا يوطـأ عزره القاضي تعزيزا ولا يحد .

وقال المالكية [7] : اذا كانت صغيرة في سن لاتوطأ فيه فلا حد ولا لعان . وان كانت صغيرة في سن توطأ فيه فانه يلتعن وحده .

---

(١) المبسوط ٧/٤٢ .

(٢) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٣) الانصاف ٩/٢٤٤ .

(٤) الروضة البهية ٢/٢٦٠ .

(٥) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .

(٦) مغني المحتاج ٣/٣٨٢ .

(٧) شرح الخرشي ٣/٢٧٢ .

اللعان قبل الدخول

قال الحنابلة اذا قال لامرأته : زنيت قبل ان انكحك حـد ايضاً على الصحيح من المذهب ولم يلاعن[1] .

وعن احمد : انه يلاعن ايضاً .

وقال المالكية : يجوز ان يقول لها رأيتك تزنين قبل ان اتزوجك ، فيجب اللعان[2] .

وقال الزيدية : لو اضاف الزنا الى قبل العقد فيجب اللعان[3] .

وقال الاحناف : ويشمل زوجته قبل الدخول[4] .

وعند الجعفرية يشترط الدخول لانه على ماجاء في تعريفه في الروضةالبهية. رمى الزوجة المحصنة المدخول بها بالزنا[5] .

* * *

---

(١) الانصاف ٩/٢٤٤ .
(١) الخرشي ٣/٢٦٤ .
(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .
(٤) ابن عابدين ٢/٦٠١ .
(٥) الروضة البهية ٢/١٨٢ .

الفرع الرابع

اذا ابى احد الزوجين اللعان

اختلف الفقهاء في حكم نكول أحد الزوجين عن اللعان هل يقام على الناكل منهما الحد او يحبس حتى يلاعن ؟ . .

قال مالك والشافعية والظاهرية والليث بن سعد واحد قولين عند الجعفرية ،[1] ورواية احمد : أي الزوجين رفض اللعان اقيم عليه الحد فاذا كان الناكل الزوج اقيم عليه حد القذف ، وان كانت الزوجة اقيم عليها حد الرجم.

وقال الاحناف [2] واحمد في رواية : انه اذا نكل احـد الزوجين عن اللعان يحبس حتى يلاعن .

وقد ايد هذا المذهب من الشافعية ابو المعالى في كتابه البرهان ، ومن المالكية ابن رشد في كتابه بداية المجتهد[3] .

قال الاباضية : ومن لاعن ثم رجع حد حد القذف ان كان زوجاً وحد الزنا وهو الرجم هنا ان كان زوجه بأن اقرت بالزنا بعد ان لعنت الزوج .

---

(٦) الروضة البهية ٢/١٨٤ والمحلى ١٠/١٤٣ ، زاد المعاد ٤/٩٤ .

(٧) قال السرخسي في مبسوطه ١/٤٤ : واذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد اما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . وقال ابن ابي ليلى ان انكاره بمنزلة الكذاب بنفسه فيقام عليه الحد ولكن انكاره نفى القذف واكذابه نفسه تقريراً لقذف فكيف يستقيم اقامة انكاره مقامـــه اكذابه نفسه فلهذا لا يحد .

(٨) بداية المجتهد ٢/٧٢ .

ادلة الجمهور :

١) اذا نكل الزوج عن اللعان فيجب اقامة حد القذف لان اية القذف صريحة : والذين يرمون المحصنات .. فهذه عامة بالنسبة لجميع الازواج وغيرهم فمن قذف محصنة حد حد القذف .

ثم جاءت الآية التالية . والذين يرمون ازواجهم .. فجعلت اللعان بالنسبة للزوج مقام الشهود يسقط عنه الحد . فاذا لم يقم به طبق عليه حكم الآية الاولى وهو حد القذف كما لو قذف اجنبية .

٢) وأما بالنسبة للزوجة . فاذا نكلت وجب عليها حد الرجم والدليل على ذلك، قوله عليه السلام للمرأة بعد ان لاعنها زوجها : ان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة . ففي هذا دلالة واضحة على ان النبي عليه السلام يشير الى ان عذاب الدنيا وهو اقامة الحد في حال عدم لعانها اذا كانت كاذبة لأهون من عذاب الآخرة فكأنه يقول لها اذا لم تلاعني اقيم عليك الحد وهذا أهون من عذاب الآخرة .

٣) ان الله جعل لعان الزوج دارئاً لحد القذف عنه كما جعل لعان الزوجة دارئاً حد الزنا عنها . فكما ان الزوج اذا لم يلاعن يحد حد القذف فكذلك الزوجة اذا لم تلاعن يجب عليها الحد . وهذا الدليل في رأينا ليس حجة على الآخرين لان الاصل الذي قاس عليه الدليل وهو اقامة الحد على الزوج ليس مسلماً به عند الآخرين حتى يصح القياس عليه .

ادلة الاحناف :

١ ـ اذا نكل الزوج عن اللعان فلا يقام عليه الحد بل يحبس حتى يلاعن لان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد على الزوج حال نكوله عن اللعان واما الآية السابقة فهي لغير الزوجين فكيف يمكن اقامة حد دون نص والزيادة على النص نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس .

٢ ـ وأما بالنسبة للزوجة فاذا نكلت حبست حتى تلاعن ولا يمكن اقامة

حد الرجم عليها لان الحدود لا تقام الا ببينة او اقرار وقد قال عليه السلام «لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : زنا بعد احصان، وكفر بعد ايمان وقتل نفس بغير حق » فهذا يدل على نفي القتل – وهو الرجم – في غير تلك الحالات .

الرد على الجمهور ؛ رد الاحناف على ادلة الجمهور :

١) أما عن دليل الجمهور الاول فقالوا : ان آية اللعان صريحة في عدم وجوب اقامة الحد على من نكل من الزوجين عن اللعان .

٢) وأما بالنسبة لقوله صلى الله عليه وسلم للملاعنة : ان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فيفهم منه أيضاً الحبس لانه عذاب أيضاً .

٣) ثم لو كان لعان الرجل في ذاته بينة توجب الحد على المرأة لم تملك اسقاطه باللعان وتكذيب البينة كما لو شهد عليها الاربعة بالزنا . بل لو شهد الزوج على زوجته مع ثلاثة آخرين فلا تحد بهذه الشهادة عند الشافعي فكيف نقيم عليها الحد بشهادته وحده .

٤) وان الاثر المترتب على لعان الزوج هو اسقاط الحد على نفسه لا ايجاب الحد على زوجته .

٥) واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم وامضى عليها الحد عندنا .

وقال الشافعي : لاتقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لانه خصم في ذلك فانه يصير قاذفاً لها مستوجباً للعان ولا شهادة للخصم[1] . فكيف اذن يجيز الشافعي اقامة الحد بشهادته وحده ؟ ..

ونحن نرى : ان رأي الجمهور في حال نكول الزوج هو اقوى من رأي الاحناف لان الحد هو اثر من اثار القذف لايزيله الا اللعان فاذا لم يلتعن الزوج فيجب اقامة الحد عليه .

---

(١) المبسوط ٧/٤٥

واما في حال نكول الزوجة فان رأي الاحناف يبدو لي انه الراجح لان اقامة الحد وخاصة الرجم بدون بينة ولا اقرار لايجوز ، والا فأين الشهود الاربعة ؟ ... وماذكره بعض الشافعية من ان شهادات الزوج الاربعة تقوم مقام الشهود فهو غير مقنع .

. . .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهره فى كتابة الاحوال الشخصية في بحث اللعان[1] : « فان امتنعت حبست حتى تحلف او تصدقه ، وان صدقته اقيم عليها حد الزنا » .

غير اني لم أجد في كتب الاحناف - فيما اطلعت عليه - من ذكر ذلك الا ما جاء في متن القدوري[2] : « فان لاعن وجب عليها اللعان ، فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه فتحد » .

ولكن شراح المتن المذكور ومن جاء بعده من الفقهاء قالوا بخلاف ذلك وردوا قوله لانه مخالف لما جاء في المذهب .

جاء في الجوهرة[3] : وهو شرح على متن القدوري « هذا غلط من النساخ لان تصديقها اياه لا يكون ابلغ من اقرارها بالزنا وثم لا تحد بمرة واحدة فهنا اولى وان صدقته عند الحاكم اربع مرات لا تحد أيضاً لانها لم تصرح بالزنا والحد لا يجب الا بالتصريح » .

---

(١) الاحوال الشخصية ص ٣٤٤ اتصلت اثناء كتابة هذا الموضوع باستاذي الجليل فتفضل مشكوراً ببيان وجه رأيه بما اقنعني حيث يرجح ما ذهب اليه الجمهور ولكني هنا انقل رأي المذهب الحنفي .

(٢) القدوري ٢/٧١ وقد جاء في النسخة المطبوعة : فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه فتحل والصواب فتحد فلتصحح .

(٣) الجوهرة ٢/٧١ .

وجاء في فتح القدير [1] : وفي بعض نسخ القدوري : او تصدقه فتحد ، وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلايعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد .

وفي ملتقى الابحر : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

وقال في مجمع الانهر تعليقاً على ذلك [2] : ولم يقل فتحد كما في بعض نسخ القدوري لكونه غلطا لان الحد لايجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق.

وفي متن الكنز : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

وقال الزيلعي في شرحه على المتن المذكور [3] : وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد وهو غلط ، لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ، وهو لايجب بالتصديق اربع مرات ، لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد.

وجاء في المبسوط [4] واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت فاعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا لان قولها صدق ، كلام محتمل ، وما لم تفصح بالاقرار بالزنا لا يلزمها الحد ، ولكن يبطل اللعان ولا يحد من قذفها لان الظاهر انها صدقته في نسبتها الى الزنا والظاهر يكفي لاسقاط احصانها .

---

(١) فتح القدير ٣/٢٧١ وجاء فيه ٣/٢٥٠ اذا امتنع عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد .

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ١/٤٦٥ .

(٣) تبيين الحقائق ٣/١٦ .

(٤) المبسوط ٧/٥٧ .

ونقل ابن عابدين عن الكافي [1] : واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت واعادت ذلك اربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ويبطل اللعان .

وقد يبدو أن الخلاف لفظي وخاصة ما ورد في المبسوط والكافي فقد جاء فيهما انه لو قالت صدق ولم تقل زنيت فلا يلزمها احد .

غير اني وجدت ان الاحناف يقولون بأن موجب القذف كان هو الحد ثم انفسخ بعد ذلك باللعان في حق الزوجة [2] .

قال الزيلعي وهو يناقش الشافعي [3] : ان قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد عند اجتماع شرائط اللعان .

ثم قال : وما ذكره الشافعي منسوخ في حق الزوجين بآية اللعان ولو كان موجبا لما سقط بشهادته او يمينه لان الحقوق لا تسقط به .

وجاء في البدائع [4]: وأما اية القذف فقد قيل ان موجب القذف في الابتداء كان هو الحق في الاجنبيات والزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان .

وقال : على ان موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول اية اللعان ثم نسخ في الزوجات بآية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره . هكذا هو مذهب عامة مشايخنا [5] .

• • •

---

(١) ابن عابدين ٢/٦٠٣ .

(٢) المبسوط ٧/٣٩ .

(٣) تبيين الحقائق ٣/١٦ .

(٤) البدائع ٣/٢٣٨ .

(٥) اصول الفقه للدكتور الدواليبي ص ١٢٠ .

الفرع الخامس

اثار اللعان

متى تم اللعان بين الزوجين ترتب عليه اثره فما هو هذا الأثر ؟..

آثار اللعان :

١) الفرقة بين الزوجين .

٢) التحريم المؤبد او المؤقت .

١ ــ الفرقة بين الزوجين :

سنبحث هذا الموضوع في نقطتين :

١) هل تقع الفرقة بمجرد باللعان .

٢) وهل الفرقة فسخ أم طلاق .

اختلف الفقهاء في الفرقةالتي تتم باللعان هل تحتاج فيه الى قضاء القاضي ام انها تتم بمجرد التلاعن بين الزوجين ام تقع بمجرد انتهاء لعان الزوج على اقوال :

١ ـ ذهب الاحناف [١] والجعفرية وروايه عن احمد اختارها الخرقي [٢] والزيدية :

---

(٣) جاء في الجوهرة: وقبل ان يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة ويقع طلاق الزوج عليها وظهاره وإيلاؤه ٥/٧١ .

(٤) احكام القرآن للجصاص ٣/٣٣١ فتح القدير ٣/٢٥٣ التاج المذهب ٢/٢٦٧ الروض النضير ٤/١٩٤ .

ان الفرقة بين الزوجين تقع بحكم الحاكم بعد الانتهاء من اللعان (١) .

٢ — وقال مالك وزفر (٢) والليث والظاهرية والحنابلة (٣) : ان الفرقة بين الزوجين تقع بينهما بانتهاء اللعان بينهما ولا حاجة لتفريق الحاكم .

٣ — وقال الشافعي (٤) : وقد انفرد بهذا الرأي : اذا انتهى الزوج من لعانه وقعت الفرقة وحرمت عليه زوجته ولو لم تلتعن . وهناك قولان انفرد بهما اصحابهما :

٤ — رأي عثمان البتي وقال به ايضاً جابر بن زيد البصري احد اصحاب ابن عباس من فقهاء التابعين وطائفة من فقهاء البصرة ! ان الملاعنة لا يترتب عليها وقوع الفرقة بل لا بد من طلاق الرجل .

وحجة اصحاب هذا الرأي : ان عويمر العجلاني طلق امرأته بعد اللعان ولم ينكر عليه رسول الله هذا الفعل فكان دليلا على ان الفرقة بين المتلاعنين وقعت بالطلاق لا بشيء آخر .

٥ — وقول لابي عبيد نقله ابن حجر في فتح الباري وابن القيم في زاد المعاد (٥) : ان الفرقة بين الزوجين تقع بنفس القذف ولو لم يقع اللعان .

---

(١) وقال في مجمع الانهر ٤٦٥/١ ويحرم وطؤها بعد اللعان قبل التفريق .

(٢) وقال زفر : تقع الفرقة بلعانهما لقوله عليه الصلاة والسلام: المتلاعنان لا يجتمعان ابداً ١٨/٣ .

(٣) بداية المجتهد ٧٣/٢ المحلى ١٤٤/١٠ الانصاف ٢٥٠/٩ تنقل اكثر الكتب على ان مذهب احمد هو كمذهب الاحناف من ان الفرقة بين الزوجين لا تقع بمجرد اللعان بل لا بد من تفريق الحاكم ولكني حققت في هذه المسألة فوجدت الامر على خلاف ذلك وان مذهب احمد هو كمذهب الشافعي من ان الفرقة تقع بمجرد اللعان . وهذا ما جزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المحرر والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع وغيرهم واختاره ابو بكر وغيره . وقال في الانصاف : هذا المذهب . وعن احمد : رواية اخرى : هي ظاهر كلام الخرقي واختارها القاضي وابو الخطاب انه لا بد من تفريق الحاكم .

(٤) مغني المحتاج ٣٧٤/٣ ، الوجيز للغزالي ٥٥/٢ .

(٥) زاد المعاد ١٠٢/٤ .

سنتناول بالدراسة اهم هذه الآراء مبينين الادلة وحجج كل فريق وما استنبطه من القرآن والسنة :

أدلة القائلين بأن الفرقة لاتقع بمجرداللعان بل لابد من تفريق القاضي

حديث عويمر العجلاني :

١) اذا رجعنا الى نص الحديث المذكور نرى انه بعد أن تم اللعان بين الزوجين قال عويمر : كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلاثا . وكان هذا قبل ان يفرق النبي بينهما .

وجه الاستدلال : ان قول عويمر : كذبت عليها ان امسكتها ، دليل على انها زوجته بعد اللعان والا فلا يصح أن يملك اجنبية لو تمت الفرقة بتمام اللعان ، ثم ان هذا كان في حضرة النبي الكريم ولم ينكره فكان هذا إقرارا من النبي على ما فعله عويمر وانه حين طلق انما كانت زوجته .

فثبت بهذا امران :

(١) ان الفرقة لم تقع باللعان .

(٢) اقرار النبي لعويمر بالطلاق دليل على ان الزوجة بعد اللعان محل للطلاق .

وفي رأينا انهذا الدليل الذي ذكره الاحناف ليس نصا في موضع النزاع بل يؤيد شطراً من النزاع وهو ان الفرقة لاتتم بمجرد اللعان ولكن ليس فيه اي اشارة الى انه يقع بتفريق القاضي .

ولكن هناك روايات اخرى تنص صراحة على ان النبي عليه السلام فرق بينهما .

قال ابن شهاب : « مضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما » .

وفي حديث ابن عمر ما يدل على ذلك اذ جاء فيـه : ثم فرق بينهما .

فهذه الروايات تدل على ان التفريق كان بامر الرسول عليه السلام خاصة وأنه لم يخبر الصحابة ومن حضر اللعان ان الفرقة بين الزوجين تتم بمجرد اللعان فدل على انه لافرقة بتمام اللعان ما لم يفرق الحاكم بينهما .

٢) وقالوا ان الفرقة بين الزوجين تقع بالفاظ الطلاق الصريحـة او الفاظ الكنايات التي تدل عليها ، وان لفظ اللعان ليس واحدا منها حتى تقع بهالفرقة ، بدليل انه لو كذب الزوج نفسه واقيم عليه الحد لايفرق بينه وبين زوجته .

رد على الشافعي :

وقال الشافعي ان الفرقة تتم بين الزوجين اذا ماتم الزوج لعانه قبل ان تلاعن الزوجة . وحجته : ان لفظ اللعان كالطلاق فكما ان لفظ الطلاق لايتوقف على غير كلام الزوج فكذلك اللعان .

٣) ان اللعان لايكون الا بين زوجين فاذا تمت الفرقة بلعان الرجل كما ذهب اليه الشافعي وبانت الزوجة فأي لعان يتم من اجنبية ؟.. فانه من المتفق عليـه ان الزوج لو قذف زوجته ثم ابانها فانه لايلاعن لانه لم يعد زوجا حتى يلاعن زوجته ؟.. فكيف اذن تلاعن زوجة اصبحت اجنبية عن زوجها حيث تمت الفرقة بينهما بمجرد لعانه وتمامه [١] .

ان الشرع ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان الزوج وحده .

---

(١) القذف بالزنا : حد القذف ثمانون جلدة لقوله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة .

ثم قاس الفقهاء على ذلك رمي المحصنين من الرجال فكل من اتهم محصناً او محصنة بالزنا وعجز عن إثبات ذلك اقيم عليه حد القذف .

وان النبي فرق بين المتلاعنين بعد لعانهما فالقول بوقوع الفرقة قبله مخالف عن قول السنة وفعل النبي (١) .

الرد على الاحناف :

١) حديث عويمر العجلاني : ليس فيه دلالة على ماذهب اليه الاحناف اذ ان عويمرا طلق زوجته ثلاثا ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، والتفريق هنا لم يكن للعان بل للطلاق الثلاث حيث بانت زوجته ففرق بينهما .

٢) واما الفرقة بين الزوجين لاتقع الا بلفظ يدل على الطلاق صريحاً أو كناية. فينقض هذا الدليل ان كثيرا من انواع الفرق تقع بغير ذلك والامثلة كثيرة كالفرقة بالردة وبالرضاع . فان الفرقة تقع بكل منهما مع أنه لايوجد فيها لفظ الطلاق .

. . .

---

(١) زاد المعاد ١٠٣/٤ .

ادلة القائلين بأن الفرقة تقع باللعان ولا تحتاج الى الحاكم

١) استدلوا بحديث ابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين : حسابكما على الله ، احدكما كاذب لا سبيل لك عليها ، قال يارسول الله مالي . قال: لا مال لك ان كنت أصدقت عليها ، فهو بما استحللت من فرجها ، وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها ... متفق عليه .

وجه الاستدلال بهذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها بعد اتمام اللعان بينهما فدل بذلك على ان الفرقة وقعت بمجرد لعانهما .

وما جاء من روايات اخرى من أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فيجب ان تحمل على هذا وانه عليه السلام فرق بينهما لان الفرقة وقعت باللعان فهو مخبر عن الحكم الذي تقرر باللعان نفسه .

٢ - ماورد عن علي قال : مضت السنة في المتلاعنين أن لايجتمعا ابدا ، رواه الدارقطني .

٣) عن علي وابن مسعود قال : مضت السنة ان لايجتمع المتلاعنان . رواه الدارقطني .

هذان الخبران يفيدان صراحة بعدم جواز اجتماع المتلاعنين بعد تلاعنهما فاذا لم تقع الفرقة باللعان وانتظر حتى يفرق الحاكم بينهما كانت هناك فترة اجتمع فيها المتلاعنان وهذا لايصح فلم يكن بد من أن نقول ان الفرقة تمت بلعانهما .

• • •

وقد ردوا على هذه الروايات بروايات اخرى :

١) عن سهل بن سعد في المتلاعنين : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لايجتمعان ابدا ، رواه ابو داود .

٢) وعن ابن عباس: ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لايجتمعان ابدا ، رواه الدارقطني .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ حسن مأمون بالتوفيق بين هذه الروايات[١].

هذه الاحاديث تفيد ان تفريق الرسول حصل قبل اخباره بأن المتلاعنين لايجتمعان ابدا، فأفاد ذلك ان عدم الاجتماع ناشىء عن تفريق الرسول وليس ناشئاً عن حصول الفرقة باللعان ، ويكون معنى قول علي وقول ابن مسعود ان المتلاعنين لايجتمعان انهما لايجتمعان ماداما على حال التلاعن بعد التفريق ، وبذلك يجمع بين النصوص كلها ولا يكون بعضها دالا على حكم يخالف مايفيده غيرها ، وتكون هذه الروايات كلها متفقة مع الاحاديث التي تدل على بقاء النكاح بعد اللعان وقبل تفريق الحاكم[١] .

وهذا يتفق مع ماورد في الكتاب والسنة من أن اللعان شهادات من الزوجين فأشبهت الشهادة بالحقوق امام الحاكم التي لايثبت حكمها الا عند الحاكم وبحكمه، فلا تثبت الفرقة باللعان، بل تثبت بحكم الحاكم بالتفريق بين المتلاعنين.

٣) وردوا على الدليل الثالث : بأن ردة الزوجة لاتوجب الفرقة حالا بل لابد من انتظار العدة حتى اذا مامضى ثلاث حيض بانت الزوجة ووقعت الفرقة فكذلك الفرقة باللعان فهما وان كانا لايقران على بقاء النكاح الا ان الفرقة لاتقع الا بعد تفريق القاضي .

---

(١) فقه القرآن والسنة ص ١٦٣ .

(١) جاء في المبسوط : ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينهما حتى مات احدهما توارثا. ٤٨/٧ وراجع ايضاً الزيلعي ١٧/٣ .

ادلة القائلين بأن اللعان لايوجب التفريق

هذا هو ماذهب اليه عثمان البتي وهو رأي ضعيف لم أر من تابعه فيه فيما أطلعت عليه الا ماذكره ابن حجر عن جابر بن زيد البصري انه تابع عثمان بذلك .

وادلة هذا الرأي :

١ ـ ان اللعان ليس من الفاظ الطلاق لا الصريح منها ولا الكناية ولو كان كذلك لوقعت به الفرقة متى تم سواء كان امام الحاكم ام كان عند غيره ، لافرق في الحالين بينما نجدهم يقولون انه لاتقع الفرقة الا امام القاضي .

ووجهة هذا الدليل قياس اللعان امام الحاكم على اللعان عند غير الحاكم فبما ان الثاني لايقع به فرقه فكذلك يجب الا تقع الفرقة بالاول .

٢ ـ واما ما اورده الجمهور من ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فالسبب في ذلك ليس اللعان وانما هو الطلاق الثلاث فالتفريق هنا للبينونة بالطلاق لا للفرقة باللعان .

ويرد على هذا الرأي ماجاء في روايات ذكرنا اهمها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ومضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لايجتمعان ابداً، وفي حديث ابن عباس في هلال بن امية انرسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما .

. . .

٢) هل الفرقة باللعان فسخ أم طلاق ؟..

ذكرنا رأى الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان وهل تتم بمجرد اللعان ام بقضاء القاضي . والآن سنشير الى نوع هذه الفرقة هل هي فسخ ام طلاق !...

ذهب مالك والشافعية والظاهرية والزيدية والحنابلة الى ان الفرقة باللعان فسخ للنكاح وليست طلاقا[١] .

وقال بهذا الرأي ايضاً من الاحناف : ابو يوسف والحسن بن زياد .

وحجتهم ان هذه الفرقة تقتضي تحريما مؤبدا فكانت فسخا كفرقة الرضاع .

اما ابو حنيفة فقد ذهب الى انها طلاق بائن قياساً على فرقة العنين لدى الحاكم وانها فرقة من جانب الرجل فهي طلاق[٢] .

وقد ذكر صاحب الروض النضير وهو من ائمة الزيدية حجة المذهب باعتبار الفرقة فسخا عدة اسباب :

١) ان اللعان ليس صريحا في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق حتى يقع .

٢) ثم لو كان طلاقا لوقع بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة .

٣) لو كان طلاقا فهو طلاق من مدخول بها بغير عوض لم ينو به الثلاث فيكون رجعيا .

٤) ان الطلاق بيد الزوج ان شاء طلق وان شاء امسك وهنا الفسخ حاصل بحكم الشرع .

٥) واستدلوا أيضاً بما رواه ابن عباس في المتلاعنين : انهما يفترقان بغير طلاق[٣] .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٧٣ التاج المذهب ٢/٢٦٣ المحلى ١٠/١٤٣ الخرشي ٣/٢٧٥ وزاد المعاد ٣/١٠٣ .

(٢) فتح القدير ٣/٢٥٥ .

(٣) الروض النضير ٤/١٩٦ .

٢ ـ التحريم المؤبد او الموقت

اذا تمت الفرقة باللعان سواء بحكم الحاكم أم بتمام اللعان فهل التحريم بين الزوجين يصبح تحريماً مؤبدا بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين ان يعودا الى بعضهما بعقد جديد ؟...

ام ان الفرقة بينهما مؤقتة سرعان ماتعود الزوجية اذا رغبا بالعودة فكذب الزوج نفسه واقيم عليه الحد ؟..

انقسم الفقهاء الى رأيين فمنهم من قال أن التحريم باللعان تحريم مؤبد كالتحريم بالرضاع ومنهم من قال انه تحريم مؤقت كسائر أنواع الفرق التي تتم بحكم القضاء.

من قال بالتحريم المؤبد :

الجمهور على ان الفرقة باللعان فرقة مؤبدة وذلك ان الحياة الزوجية مبناها المحبة والثقة وأي ثقة يتبادلها زوجان تم اللعان بينهما امام جماهير الناس[١]

قال في الروض النضير: « ان الحكمة تقتضي تأبيد التحريم ، فان النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منهما الى صاحبه لاتزول ابدا لان الرجل ان كان صادقا عليها فقد اشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الاشهاد وان كان كاذبا فقد اضاف الى ذلك تهمتها بهذه الفرية العظيمة[٢] .

والى هـذا ذهب الجعفرية والزيدية والشافعية والحنابلة [٣] والظاهرية

---

(١) جاء في المهذب ٢/١٣٥ ويستحب ان يكون اللعان امام جماعة .

(٢) الروض النضير ٤/١٩٦ .

(٣) المذهب عند الحنابلة ان الفرقة باللعان فرقة مؤبدة هذا ماجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع .

وهناك رواية اخرى انه لا تحرم اذا كذب نفسه . وقد حاول صاحب الانصاف التوفيق بين المذهب والرواية الثانية فقال : ينبغي ان تحمل هذه الرواية على ما اذا لم يفرق الحاكم بينهما فاما إن فرق بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله . الانصاف ٨/١٢١ .

والمالكية والاباضية[1] . ومن الأحناف : ابو يوسف وزفر والحسن بن زياد[2].

وهو مذهب عمر وعلي وعبد الله بن مسعود .

حجة القائلين بالتحريم المؤبد :

ماروى عن الزهري في قصة المتلاعنين : ففرق رسول الله بينهما . وقال لايجتمعان ابدا . وعن عمر بن الخطاب : يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا[3] .

وقال سعيد بن جبير ان اكذب نفسه ردت اليه ما دامت في العدة .

وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال .

« المتلاعنان اذا تفرقا لايجتمعان ابدا . الروايات التي جاء فيها : فمضت سنة المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لايجتمعان ابدا .

ورواية ابن عمر : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لاسبيل لك عليها .

وفي البيهقي من حديث سعيد بن جبير عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لايجتمعان ابدا .

فهذه النصوص تفيد انها حرمت عليه حرمة مؤبدة .

وقد رد على هذا الدليل بأن قول ابن شهاب : فمضت سنة المتلاعنين ...

---

(١) الروضة البهية ٢/١٨٤ حيث جاء فيها : والتحريم مؤبد ولو كذب نفسه . المختصر النافع ٢٣٥ الروض النضير ٤/١٩٦ نهاية المحتاج ٦/١٩٣ المحلى - ١/١٤٤ بداية المجتهد ٢/٧٣، الخرشي ٣/٢٧٥ شرح النيل ٣/٥٤٥ .

(٢) مجمع الانهر ١/٤٦٤ .

(٣) زاد المعاد ٤/١٠٤ أما ابن القيم فقد قال في زاد المعاد بعد ان ذكر هذه الرواية اشارة الى قوله عليه السلام المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً . الرواية مطلقة ولا أثر لتفريق الحاكم في دوام التحريم فإن الفرقة الواقعة بنفس اللعان اقوى من الفرقة الحاصلة بتفريق الحاكم زاد المعاد ٤/١٠ وفي رأيي ان منشأ الخلاف : ان من اجاز التكذيب ولم يجز هو الخلاف حول وقوع الفرقة بمجرد اللعان ام بتفريق الحاكم .

ليس فيه مايدل على أن السنة هي سنة النبي صلى الله عليه وسلم فقد تكون وقد لا تكون ، واذا وجد الاحتمال سقط الاستدلال .

واما قوله : لاسبيل له عليها فهو بمثابة اخبار عن الفرقة التي تمت بينهما اذ انها حرمت عليه والحرمة سواء كانت مؤقتة ام لايصدق القول فيها انه لاسبيل له عليها ، ويكون معنى قوله عليه السلام : لاسبيل لك عليها مالم تتزوجها من جديد وبعقد جديد .

. . .

من قال بالتحريم الموقت

قال ابو حنيفة ومحمد ان الفرقة بين الزوجين باللعان توجب حرمة مؤقتة فاذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان والفرقة واقيم عليه حد القذف فان له ان يعود الى زوجته بعقد جديد .

وروي هذا عن التابعين . سعيدبن المسيب وابراهيم والشعبي وسعيد بن جبير.

ادلة القائلين بالتحريم الموقت :

١) عموم آيات النكاح في القرآن الكريم ليس فيها مايشير الى التحريم المؤبد في اللعان كقولهتعالى : «حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » .

وكقوله تعالى : «وامهاتكم اللائي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة» فهذه نصوص التحريم ثم ذكر الله تعالى « واحل لكم ماوراء ذلكم » .

وقوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » .

فالله تعالى قد بين في كتابه الكريم ما حرمه على المسلمين من النساء وما اباحه لهم وليس فيه ما يدل على ان الزوجة التي فرق بينها وبين زوجها باللعان انها محرمة على زوجها .

٢) ان الفرقة باللعان تقع بحكم الحاكم وكل فرقة كانت من جانب الحاكم لاتوجب التحريم المؤبد كالتفريق بسبب العيب .

ويمكن الرد على هذا الدليل ان التفريق بسبب العيب لا يمنع الزوجين من العودة الى حياتهما الزوجية اثر تفريقهما مباشرة بينما لا يجوز ذلك في اللعان فالقياس مع الفارق ، فالقاضي اذا فرق بين الزوجين بسبب العيب مثلا ثم اراد الزوجان ان يستأنفا حياتهما الزوجية جاز ذلك . اما التفريق بسبب اللعان

فحتى على القول بأنه يجوز لهما العودة الى زوجيتهما فأنه لا بد من أن يكذب الرجل نفسه وان يقيم الحاكم عليه الحد .

٣) لو كذب الملاعن نفسه بعد ان تم اللعان وقبل وقوع الفرقة اي قبل ان يفرق الحاكم بينهما ، على مذهبهم . لوجب حد القذف على الرجل ولا يفرق القاضي بينهما .

وقد قال بهذا الرأي أبو يوسف أيضاً مع انه من القائلين بالتحريم المؤبد .

وعلى هذا فاذا اكذب الرجل نفسه بعد تفريق الحاكم فيجب الا يختلف الحكم في الحالين لانه طالما ان تكذيب الزوج نفسه قبل التفريق كان سبباً لزوال حكم اللعان فيجب ان يكون كذلك الحكم فيما لو كذب نفسه بعد التفريق [١] .

---

(١) **اما الاثر الثالث : فهو نفي الولد :**

قلنا إن القذف اما ان يكون بتهمة الزنا او لنفي الولد وقد بحثنا الموضوع الاول اما نفي الولد :

إذا رجعنا إلى القرآن الكريم وآيات سورة النور التي جاء فيها حكم القذف واللعان لانجد فيها ما يشير إلى حكم نفي الولد ولكن الفقهاء استدلوا على ذلك من السنة الكريمة وقضاء الرسول عليه السلام .

ولهذا قال الجصاص : ليس في كتاب الله عز وجل ذكر نفي الولد إلا أنه قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم نفي الولد باللعان إذا قذفها بنفي الولد .

وقد روي عمر : أن رجلاً لاعن إمرأته في زمن رسول الله وانتفى من ولدهـــا ففرق رسول الله بينهما والحق الولد بالمرأة .

واختلف الفقهاء في الزمن الذي يحق للزوج فيه أن ينفي الولد وسبب الخلاف أنه لم يرد في ذلك قرآن ولا سنة . ولكن من المتفق عليه أن سكوت الرجل مدة من الزمان يعتبر رضا بالولد واقراراً به وبعد اقراره به واعترافه ببنوته لا يصح له الانكار ولا النفي .

واحكام نفي الولد ليست من موضوع بحثنا انما ذكرنا كلمة عنها باعتبارها أثر من آثار اللعان ومن أصول هذا البحث ١، حديث رسول الله : الولد للفراش وللعاهر الحجر . ٢) والقاعدة الفقهية أن الولد لاينتفي بتصادق الزوجين بل لابد من لعان وحكم . التاج المذهب ٢/٢٦٦ . راجع زاد المعاد ٤/٩١ .

وفي رأينا :

ان مما يؤيد حجة القائلين بالحرمة المؤقتة ان التحريم لا يكون الا بنص جاء في القرآن الكريم ولا شيء من ذلك، وماورد في السنة يمكن تأويله لأنه يحتمل عدة معان، ومع الاحتمال لا يصح الاستدلال. ولكننا نرى انه ليس من السهل ان تعود حياة زوجية يملؤها الصفاء والمودة بعد ان عكر صفوها تهم باطلة وادعاءات كاذبة تحيل نعيم الاسرة الى جحيم لا يطاق .

• • •

المبحث الثاني

الطلاق للزنا لدى بعض الامم القديمة والشرائع السابقة

الفرع الأول

الطلاق للزنا عند اليونان

كان للرجل سلطة مطلقة على زوجته لدى اليونان – كما ذكرنا – وخاصة في العصر القديم حيث كان الزوج يشتري زوجته بالمال ومن ملك شيئاً بالمال استبد به ولهذا كان الزواج قاسياً على الزوجة بحيث لا تستطيع مهما اقترف زوجها في حقها من ذنوب واثام أن تطلب الطلاق .

والرجل كان يملك حق الطلاق بدون أي قيد، اللهم الا فوات المبلغ الضخم من المال الذي دفعه لزوجته حين عقد الزواج الذي تم بالشراء .

غير ان هناك بعض الحالات كان الزوج يستطيع أن يطلق زوجته دون أن يتكبد ما دفعه من مال وذلك كما لو زنت الزوجة فالرجل يطلقها ويستردمنها ما دفعه لها لانها اخلت بالغرض المقصود من النكاح وهو انجاب ذرية شرعية .

ولما جاء العصر الكلاسيكي خف الطلاق نسبياً بعد زال طريق الشراء كسبب موجب لعقد الزواج ولكن بقيت الاسباب هي هي التي تبيح للزوج ان يطلب ويسترد المال ومن هذه الحالات الزنا(١) .

والشيء الجديد في العصر الكلاسيكي ان الزوجة اكتسبت بعض الحقوق فأصبح بمقدورها أن تطلب الطلاق من القاضي اذا اسرف الزوج في حياة اللهو والدعارة . وقياساً على هذا نستطيع القول ان الزوجة في هذا العهد كانت تملك طلب الطلاق اذا ما ارتكب زوجها جريمة الزنا .

---

(١) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٣٠ .

الفرع الثاني

الطلاق للزنا عند الرومان

كان العرف الروماني يعطي الزوج حق توقيع عقوبة الموت على زوجته اذا زنت ، وكان حق العقوبة خاصاً بالزوج ثم انتقل الى مجلس عائلي يضم افراد الاسرتين ، حتى أصدر الامبراطور اوغسطس قانون جوليا الخاص بالخيانة الزوجية ، فانتقل هذا الحق الى الدولة حيث اصبحت هي التي تتولى عقاب الزوجة الزانية وأعطى هذا القانون للزوج حق الطلاق وهو حق خاص به الا في حالة الزنا فقد الزمه بالطلاق الزاماً لا خيار له فيه .

وفي عصر قسطنطين جعلت عقوبة الموت جزاء على من يثبت زناها ، وسلب من الزوج حق العفو عن جريمة زوجته . ثم جاء جوستينيان فاستبدل بعقوبة الموت عقوبة الجلد والنفي وأعطى الزوج حق العفو عن زوجته .

أما زنا الزوج فيختلف عن زنا الزوجة ومع هذا فلم يخلو الامر من عقاب الزوج اذا ما أخل بالالتزام الزوجي وارتكب جريمة الزنا . والعقوبة كانت عبارة عن حرمان الزوج من اتهام الزوجة اذا ما زنت في المستقبل . هذا في العصر الكلاسيكي .

أما في عصر الامبراطورية السفلى فقد شرع قانون يفقد بموجبه كل زوج خان زوجته فارتكب جريمة الزنا الحق في جميع الاموال التي وهبها لزوجته والتي كان من حقه ان يستردها .

وهكذا يلاحظ التفرقة الواضحة بين زنا الزوج وزنا الزوجة ، فزنا الزوج لا يترتب عليه اكثر من انه يفقد حق اتهام زوجته فيما اذا زنت وبعض حقوق

مالية اخرى ، اما زنا الزوجة فيلزم الزوج الزاماً بطلاقها لا خيار له فيه[1] .

كما ان القانون الروماني منع زواج الزانية بعد طلاقها من أي شخص آخر عقوبة لها على فعلها الشنيع الذي ارتكبته وخانت به زوجها . فقد اصدر الامبراطور جوستينيان ٥٥٦ مرسوماً يقضي ببطلان زواج الزانية من شريكها بالزنا .

وقد تأثرت بهذا الشريعة البيزنطية : فقد جاء في قواعد باسيليوس (٩ و ٢١) ، انه يجب على الرجل ان يطلق امرأته اذا زنت – أما الرجل فتجب عليه التوبة .

وقد نص في القاعدة (٣٩) ان زواج الزانية المطلقة يعتبر باطلاً مع أي شخص آخر بعد طلاقها من زوجها الاول ،[2] ولو تم هذا الزواج بعد توبة الزوجة .

❀ ❀ ❀

(١) المرأة عند الرومان ص ٢١٤ .

(٢) الأحوال الشخصيه لغير المسلمين شفيق شحاته ص ٤٧ .

الفرع الثالث

الطلاق للزنا لدى اليهود

طائفة الربانيين

الطلاق مباح للرجل لدى اليهود، فله أن يطلق زوجته لدى طائفة الربانيين متى شاء ويدفع لها حقوقها المقررة لها بموجب عقد الزواج والعرف السائد.

الا ان هناك بعض الحالات يجوز الزوج أن يطلق زوجته دون أي التزام مالي، وقد عدد قانون الاحوال الشخصية لليهود هذه الحالات ومنها حالة الزنا.

فاذا رأى الزوج زوجته تزني أو علم من احد ذلك حرمت عليه ووجب الطلاق ولا خيار له في الأمر لان الزانية لا يجوز أن تكون زوجة شرعية.

أما اذا ثبت ان الزنا كان اغتصاباً ورغماً عن ارادة الزوجة فلا تحرم على زوجها ولها حقوقها الكاملة فان شاء طلق وادى لها مايترتب على الطلاق من الحقوق والا فهي زوجته.

وكذلك اذا اتهم الرجل زوجته وجاءت تنفي ذلك فانها تحلف على انها لم تزن وان ما اتهمها به زوجها باطل وبذلك ترفع التهمة الملصقة بها[1]:

---

(١) ولا يقتصر طلب الطلاق على الزنا بل إذا ساء سلوك الزوجة فللزوج أن يطلق زوجته ففي حكم لحاخامخانة الاسكندرية: اذا كان سلوك الزوجة لم يكن مما يخفف حدة الشكوك التي تساور رأي الزوج حول امانتها بل على العكس كانت تملك كل السبل لتدعيم الشكوى فتحكم المحكمة بايقاع الطلاق لخطأ من الزوجة في حق زوجها. تاريخ الحكم ٢١/١٢/١٩٥٣ – راجع صالح حنفي ص ٢٥٤ أحمد رفعت خفاجي ٦٦.

جاء في المادة ١٨٦ من قانون الاحوال الشخصية للربانيين :

اذا ثبت شرعاً زنا المرأة حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلاحقوق.

المادة ١٨٤ :

اذا كان الزنا اغتصاباً شرعاً فلا تحرم الزوجة ولاتسقط حقوقها .

المادة ١٨٦ :

اذا نظر الرجل امرأته تزني او علم من ثقة او اعتقد زناها حرمت عليه ووجب الطلاق ولا حقوق لها الا اذا حلفت .

اما اذا زنا الزوج فهل للزوجة ان تطلب الطلاق ؟..

اذا ارتكب الزوج جريمة الزنا فهل يحق لزوجته ان تطلب الطلاق طالما انها لاتملك ان تطلق نفسها ام ان حق الطلاق بسبب الزنا خاص للرجل دون المرأة ؟..

قال الربانيون :

اذا ارتكب الزوج الزنا مرة واحدة فلايحق للزوجة ان تطلب الطلاق ، اما اذا تكرر الزنا وأصر على فعله فيحق لها ان تطلب الطلاق أي اذا اعتاد الزوج على جريمة الزنا فالقانون يعطي الزوجة حق الطلاق لا للزنا مرة واحدة بل لاعتياد الزنا اكثر من مرة .

جاء في المادة ٢١٦ :

اذا اعتاد الرجل الزنا او اعتاد ضرب زوجته او اطعامها غير الحلال جاز إجابة طلبها الى الطلاق

طائفة القرائين

واما طائفة القرائين فلاتبيح للزوج الطلاق متى اراد دون قيود كما تذهب الطائفة الاخرى بل تشترط بعض القيود وان كانت اقرب الى الديانيه منها الى حكم القضاء .

وفيما يتعلق بالزنا قالوا لايجوز للزوج ان يتزوج زانية .

وعللوا ذلك : بأن الزانية من الصعب ان تتوب عن عملها وعادتها فكأن الزواج لها لافائدة منه اذ سوف يطلقها حينما تزني والطلاق واجب على الزوج اذا زنت زوجته فكأنها لم تتزوج .

اما اذا زنت الزوجة فقد ميزت طائفة القرائين بين حالات ثلاث :

١ ـ اما ان يبلغه من احد اقاربه او اصدقائه ان امرأته ارتكبت جريمة الزنا، وشهد شاهد واحد منهم على ذلك كان هذا سبباً للتحريم والطلاق لازم على الزوج.

فاذا انكرت امام الكاهن مانسب اليها(١) ، وحلفت اليمين على ذلك فلا تسقط حقوقها الزوجية بل على الزوج ان يدفع لها المتفق عليه حين عقد الزواج .

اما اذا شهد شاهدان على زناها فتسقط جميع حقوقها وتحرم على زوجها .

٢ ـ اما اذا كان الزنا غصباً واكراهاً بحيث لم يكن للزوجة فيه الخيار قالوا يجب على الزوج ان يطلقها وتأخذ حينئذ مافي حوزتها من الجهاز .

---

(١) جاء في شعار الخضر لليهود القرائين ص ١٢١ .

كان الرجل يأتي بإمرأته الى الكاهن اذا ارتاب من أمرها فيسقيها الكاهن ماء الشطط أي مجاوزة الحد حد العفة فأما ان تشرب واما ان تأبى فإذا أبت كان هذا ثبوتاً للتهمة وإذا شربت ولم يصبها شيء دل هذا على نزاهتها والا انتفخ بطنها وسقط فخذها .

٣ - والحالة الثالثة التي يجبر فيها الزوج على طلاق زوجته وتسقط حقوقها هو مالو اعتادت الزوجة اللهو والفجور وتعريض نفسها للزنا والابتذال في الشوارع والطرقات بدون علم زوجها او اذا وجدها مع شخص آخر اجنبي عليها[١] .

. . .

(١) على أنه يلاحظ أن تقدير هذه الأشياء أمر نسبي يختلف حسب الظروف والبيئات وقد قضت محكمة النقض المصرية بالنسبة الى طائفة القرائين ان تقدير سوء سلوك الزوجة وابتذالها مرجعه الى محكمة الموضوع – نقض رقم ١٥ سنه ٢٥ من احوال شخصية في ١٩٥٧/١/١٠ .

الفرع الرابع

الطلاق للزنا في المسيحية

اجمعت الشريعة المسيحية بمختلف مذاهبها على استنكار جريمة الزنا متأثرة بذلك بتعاليم الانجيل كتشريع سماوي وبالقانون الروماني كقانون وضعي .

ولا خلاف بين المذاهب المسيحية في ان زنا احد الزوجين سبب موجب للتفرقة فمن اباح الطلاق اعتبره سبباً للفرقة بين الزوجين ومن لم يبح الفرقة قال بالانفصال الجسماني .

ومن الجدير بالذكر ان هذه النظرة للزنا لم تقتصر على من ارتكبها اثناء الحياة الزوجية بل شملت من زنا واراد ان يتزوج، وكذلك من طلق للزنا واراد ان يعود الى زوجته .

كما ان الشريعة المسيحية زيادة منها في استنكار هذه الجريمة فقد اعتبرت مقدماتها من اغواء وسوء سلوك وانحراف، جريمة تبيح للطرف الاخر ان يطلب الطلاق ممن ارتكبها .

وسوف نذكر نصوص الانجيل ومواد القانون بمختلف المذاهب المسيحية في هذا الموضوع وما ذهب اليه الشراح في شروحهم ورجال القضاء في تطبيقهم العملي لهـــذه النصوص ، ثم اخيرا ابين رأيي بالتفريق للزنا بين الزوجين في الشريعة المسيحية .

نصوص الانجيل

جاء في انجيل متى الاصحاح ٥ العدد ٣٢ : من طلق امرأته الا لعلة الزنا فقد جعلها زانية .

وجاء أيضاً في انجيل متى الاصحاح ١٥ العدد ٩: من طلق امرأته الا لعلة زنا واخذ اخرى فقد زنا .

هذا ماجاء في الانجيل فيما يتعلق بزنا الزوجة ولهذا فان المذاهب المسيحية اخذت هذه النصوص وفسرتها بالطلاق ماعدا الكاثوليك الذين اعتبروا الطلاق هو الانفصال الجسماني حيث ينفصل الزوج عن زوجته بموجب حكم من الهيئة المختصة اذا ماثبت زنا شريكه الآخر ويعيش الزوجان كل منهما بمعزل عن الآخر لايستطيع ان يتزوج ولا يجوز له ان يطلق [1] .

. . .

قوانين المسيحية في الطلاق للزنا

واول قانون ادى المسيحية أباح الطلاق يرجع الى القرن الثالث للميلاد . فقد جاء في القانون السابع والاربعين من قوانين الملوك :

(١) جاء في كتاب الاحوال الشخصية لنمر وحبشي ص ٣٢٩ « وتعرف ايضاً بكأس الباهة وهو ان يأخذ الكاهن وعاء من الفخار به ماء كبريتيا وتراباً من المذبح ويستحلف الزوجة عما اذا كان زنا بها رجل غريب فإن انكرت اعطاها هذا الماء لتشربه فإن كانت كاذبة ينتفخ جسمها وتصبح آية لمن يراها وان كانت بريئة لايصيبها ضرر ما ويذهب الله ما في قلب زوجها من الغيرة » .

وأي رجل عرفه الناس بأن زوجته قد زنت ولم يعلم بذلك يقيناً واراد ان يعرف حقيقة امرها فليقدمها الى الحاكم في كنيسة الله ويوقفها قدام المذبح ويعطى لها كأس الامتحان[1].

وجاء في المجموع الصفوي[2]:

ان الزيجة تفسخ في حالة الزنا اذا ثبت وقوعه من المرأة وفي استمرار وقوعه من الرجل خلاف.

وذكر ابن كبر في مخطوطه، مصباح الظلمة لايضاح الخدمة[3]:

ان الزيجه تفسخ اذا وقع الزنا من المرأة وفي الاستمرار مع زنا الرجل خلاف.

وجاء في الخلاصة القانونية[4].

م ٧٦ : اذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع زوجها على امرها واثبت ذلك لدى الرئيس الشرعي تفرق سنه.

ونلاحظ على هذه النصوص الملاحظات التالية :

١) انهـــا استعملت لفظ الفسخ في كل من المجموع الصفوي ومصباح الظلمـة.

---

(١) هذا تمشياً مع نظام الكنيسة الكاثوليكية في أن الزواج متى تم فهو علاقة دائمة غير قابلة للانحلال إلا بالموت - يقول الاستاذ حلمي بطرس في كتابه الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٤٢ : -

اثار قول المسيح في انجيل متى، من تزوج بزانية فقد زنا بها « مشكلة دقيقة في القانون الكنسي هي حكم زواج الزاني بشريكه اهو صحيح ام باطل ولكل كنيسة رأي في الموضوع ».

(٢) المجموع الصفوي الباب ٢٤ الفصل ٦ طبعة ١٩٣٢.

(٣) مخطوط مصباح الظلمة لايضاح الخدمة ص ٤٤٥.

(٤) الخلاصة القانونية ص ٣٧ في السبب الثالث طبعة ١٩٣٣.

٢) انها حصرت حق طلب الفسخ بالزوج اما الزوجة ففي الأمر خلاف اذا ما استمر الزوج على ارتكاب الزنا ويفهم منه ان ارتكاب الزوج الزنا مرة واحدة لا خلاف في انه لايعتبر جريمة يبيح للزوجة طلب الفرقة لاجلها (١) .

٣) ان نص الخلاصة صريح في ان وقوع الزنا بعد الزواج . اما النصين الاولين فليس فيهما هذا الوضوح .

ثم جاءت التقنينات الجديدة لطائفة الاقباط الارثوذكس في قانوني ١٩٣٨ و ١٩٥٥ فنصت على ذلك . م ٤٠ من قانون ١٩٣٨ ف ١ :

يجوز الطلاق في حالة زنا احد الزوجين .

م ٤٨ من قانون ١٩٥٥ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لعلة الزنا .

ويلاحظ في هذه المجموعات انها لم تفرق زنا الزوج عن زنا الزوجة وعبرت بالفرقة بلفظ الطلاق بدلا عن الفسخ .

واما الطائفة الانجيلية فهي وان كانت متفرعة عن الطائفة الكاثوليكية الا انها اباحت لأحد الزوجين طلب الطلاق في حالة الزنا على ان يكون ذلك بعد الزواج لا قبله (٢) .

ونص المادة ١٨ ، اذا زنا احد الزوجين وطلب الطلاق الزوج الآخر .

---

(١) جاء في المجموع الصفوي : يجب التشديد في زنا المرأة اكثر من زنا الرجل لأنه من كبار مقاصد الناموس دفع الاضرار الواقعة للناس بعضهم من بعض والرجل في اكثر الأمر تبلغ به الغيرة الى ان يقتل امرأته او الذي زنا بها . اما المرأة واقاربها فلا يفعلون بالرجل ، كذلك النسل فانما يتيقن ويحتفظ من جهة المرأة فإذا افسد فسد الميراث والحقوق الأبوية . الباب ٢٤ فصل ٦ .

(٢) راجع نص المادة ١٨ من قانون الطائفة الانجيلية البروتستانت .

وكذلك نصت المادة ٣٨ من قواعد الارمن الارثوذكس :

« زنى احد الزوجين يبيح للآخر طلب الطلاق » .

اما الكنيسة الكاثوليكية فقد اجازت الانفصال الجسماني في حال ارتكاب احدالزوجين جريمة الزنا بناء على حكم يصدر من الكنيسة [1] .

الزنا قبل الزواج

اما اذا ارتكبت الزوجة الزنا قبل الزواج فللزوج ايضاً حق الفراق كما جاء في نصوص ابن لقلق [2] « من تقول على زوجته عند اجتماعه بها انه لم يجدها عذراء فان ثبت كذبه عوقب وبقيت له زوجه شاء او ابى . وان اثبت صدقه فرق بينهما واخذ جهازها [3] » .

ويقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الاحوال الشخصية لغير المسلمين [4] .

ولو زنت المرأة قبل زواجها ، فوجدها الزوج حين زواجها ثيباً فقذفها بتهمة الزنا تطلق منه ، ولا تستطيع ان تتزوج بآخر . ولكن يلزم لذلك ان يكون قوله الذي قذفها به حقاً ولم يجدها عذراء ولا لوالديها بينة .

فالزنا وحده لايقوم به المانع في هذه الصورة ، ولكن يلزم الى ذلك ان يكون قد قذفها به الزوج وثبتت صحة التهمة بأن كانت ثيباً وليس لوالديها

---

(١) المادة ٦٥ من قانون الكاثوليك حيث نص : لايستطيع ان يعقد زواجاً صحيحاً : ١) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وتواعد الفريقان بالزواج أو حاولا الزواج نفسه ولو باجراء مدني ٢) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وقتل احدهما زوجه .

(٢) قوانين الانبا كيرلس الشهير بابن لقلق .

(٣) نمر وحبشي ص ٣٣٣.

(٤) الاحوال الشخصية للدكتور شفيق شحاته ٥/٥٩ .

مايدحض التهمة . فالعبرة هنا بالقذف [1] .

معنى الزنا الموجب لطلب الطلاق

هذا مايتعلق بزنا احد الزوجين وما جاء به من نصوص ومواد قانونية في مختلف المذاهب المسيحية. وقد قلنا آنفاً ان القوانين اعتبرت مقدمات الزنا كسوء السلوك والانحلال الخلقي سبباً من الاسباب التي تجعل لاحد الزوجين طلب الطلاق وهذه الحالات تسمى بالفقه المسيحي بالزنا الحكمي بينما يسمون الحالات التي يثبت فيها الوقاع بين الطرفين بالزنا الحقيقي .

وسبب عدم هذه التفرقة بين الحالتين ان الزنا في القوانين الكنيسة يختلف عن الزنا في القانون الجنائي ، فالزنا في نظر القانون الجنائي هو الوطء غير المشروع اذا ارتكبته الزوجة وهي تعلم ان من يجامعها غير زوجها ، وزنا الزوج يجب ان يكون كذلك وفي منزل الزوجية .

اما الزنا في القوانين الكنيسة فلا يصل الى درجة الوطء بل يعتبر متوافراً اذا وجدت صلات غير مشروعة بين الزوجة وشخص اجنبي عنها سواء كانت هذه الافعال في دور التحضير ام دخلت دور التنفيذ وذلك حرصاً على الرابطة الزوجية .

وجاء في الخلاصة القانونية في الاسباب المبيحة للتطليق .

السبب الخامس م ٧٩ : وكذلك اذا تمادت المرأة على اجراء ما يستلزم

---

(١) هذا النص مأخوذ من المجموع الصفوي ص ٢٤٦ وفي رأيي ان عبارات أبن العسال في القذف وعدم البينة على اثبات الزنا عبارات لم نجدها لدى الاقدمين من فقهاء الكنيسة ولعل ابن العسال لوجوده في مصر قد تأثر بالتشريع الاسلامي في كثير من عباراته وتقنيناته في كتابه المشار اليه . بل وجدت نصاً لدى الروم الارثوذكس يعطي الزوجة حق طلب طلاقها من زوجها اذا اتهمها بالزنا وعجز عن اثبات ذلك – راجع نمرجبشي ٣٣٨ وهذا النص هو مشابه لنظام اللعان في الشريعة الاسلامية حيث يتهم الزوج زوجته بالزنا ويعجز عن الاثبات.

إفساد عفتها كما اذا سكرت او دخلت الملاهي مع رجال اجانب او ترددت الى اماكن اللهو بدون اذن الرجل او ما يجري مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تثبت واستمرت بعد نصحها وتوبيخها وردعها من الرئيس ثلاث مرات مواظبة على قباحتها يكون ذلك موجباً لفراقها من الرجل بفسخ زيجتها[1] ».

ولكن الاستاذ بقطر حبشي يعلق في كتابه على هذه الاسباب التي اوردها ابن العسال ونقلها عنه في الخلاصة بقوله : ان الامثلة التي اوردها ابن العسال في اواخر القرن الثاني عشر وان كانت تتفق مع العصر الذي قيلت فيه فالواجب مراعاة العصر الحاضر[2] .

وكأن الاستاذ المؤلف يريد ان يقول ان هذه الاسباب لم تعد تصلح للتفرقة بين الزوجين لان الحياة التي نعيشها تختلف عن عصر ابن العسال، ولكني اقول قبل ان ابدي رأيي في هذا الموضوع ان تقنين الاقباط الارثوذكس لعام ١٩٣٨ نص في مادته ٥٦ مايلي :

اذا ساء سلوك احد الزوجين وفسدت اخلاقه وانغمس في حمأة الرذيلة ولم يجد في اصلاحه توبيخ الرئيس الديني ونصائحه جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق .

فهذا نص صريح لقانون حديث وضعه رجال الطائفة المسيحية نصوا فيه على سوء السلوك باعتباره سبباً يجيز لأحد الزوجين طلب الطلاق .

اما قانون ١٩٥٥ فقد جاء خالياً من هذا النص ومع هذا يمكن اعتبار النص

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) نمر وحبشي ٣٧٧ وقريب من هذا ما ذهب اليه الدكتور احمد خفاجي في كتابه قضاء الاحوال الشخصية ص ٦ حيث يقول ان الاخلاق شيء والقانون شيء آخر . ولكننا لانقر ماذهبا اليه فالاخلاق لدى أمة هي مجموعة الأعراف لديها من تقاليد وعادات وهذه من مصادر القانون حيث لانص فيه على ذلك .

في القانون السابق غير منسوخ لان حكمه لايتنافى مع ماجاء في القانون الجديد.

قال الدكتور اهاب اسماعيل[1]. «وعلى الرغم من عدم ورود مثل هـذا النص في مشروع ١٩٥٥ الا ان هذا لاينفي الاعتداد بالزنا الحكمي وبسوء السلوك لان مشروع سنة ١٩٥٥ اباح التطليق للزنا الذي يشمل الزنا الحكمي كما يشمل الزنا الحقيقي».

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[2].

الزنا بمعناه الاعم يشمل الحالات التي تواضع رجال الفقه الديني على تسميتها بالزنا الحقيقي وهي اتصال جنسي محرم بين احد الزوجين وشخص غريب عن العقد، كما يشمل حالات اخرى اطلق عليها حاله الزنا الحكمي وهي التي لايصل الوضع فيها الى الحالة السابقة وانما تكون سبيلاً الى الظن بانها تؤدي اليـه لانها تفسد الظن وتؤدي به الى الاعتقاد بوقوع الزنا الحقيقي. ومثالها ان تتواجـد الزوجة في محـلات الفجور واللهو او المواخـير او تواجدها في بيت لا يفرق فيه على عفتها[3].

وهكذا نستطيع ان نضيف الى سـبب الزنا الحقيقي سبباً آخر هو الزنا الحكمي بموجبه يستطيع احد الزوجين طلب الطلاق.

واذا رجعنا الى مختلف النصوص والاجتهادات التي بين ايدينا نرى انه يجب ان يتوافر في الزنا الحكمي ثلاثة شروط:

١) ان يسوء سلوك احد الزوجين وتفسد اخلاقه وينغمس في حمأة الرذيلة.

٢) ان يعتاد هذا السلوك المنحرف.

٣) ان ينصحه رجل الدين قبل الفرقة.

---

(١) اهاب اسماعيل ١١٤.

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٠/٦/٩٥٦ راجع صالح حنفي ص ٣٠٧ - وراجع رفعت خفاجي ص ٥٨.

وتبعا لاختلاف رجال الفقه في اعتبار سوء السلوك سببا للطلاق فقد اختلف الاجتهاد القضائي .

فقد قضت محكمة الاستئناف الاسكندرية[1]: بأنه لاطلاق الا للزنا .

وقالت: إن احكام الشريعة المسيحية مدونة في الانجيل المقدس وهي وحدها : واجبة التطبيق وقد حرم فيها الطلاق تحريماً بتاتاً الا لعلة الزنا والمحكمة وقد نيط بتطبيق احكام هذه الشريعة لاتحكم بالطلاق لاسباب لاتمت لعلة الزنا بصلة ...

ولكن هذه المحكمة نفسها رجعت عن حكمها بحكم آخر[2] .

سوء المعاشرة واستحكام النفور بين الزوجين والفرقة بينهما لهذا السبب لمدة تزيد على الثلاث سنوات من الاسباب التي تبيح الطلاق عند الاقباط الارثوذكس .

وفي حكم الاستئناف القاهرة[3] .

قالت فيه : « تجيز المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الذي اقره المجلس الملي العام ١٩٣٨ ، التطليق اذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر واخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما مما ادى الى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما من بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية » .

وهكذا نجد خلافاً لمن اراد ان يقيد هذه النصوص او يلغيها حسب تطور الزمن والمفهوم الجديد للحياة التي نعيشها، فللزوج ان يطلب الطلاق اذا اساءت زوجته سلوكها حسب ما جاء في النصوص السابقة كما ان نص قانون ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس في مادته ٥٧ لايزال ساري المفعول وان لم ينص عليه قانون ١٩٥٥ .

---

(١) محكمة استئناف الاسكندرية ٥/٦/١٩٥٦ .

(٢) محكمة استئناف الاسكندرية ٢٢/١١/١٩٥٦ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ٥/١٢/١٩٥٦ .

هل حق طلب الطلاق الزامي بالنسبة للزوج الاخر ؟

اذا ارتكب احد الزوجين جريمة الزنا او ساء سلوكه فهل للطرف الثاني الخيار في السكوت او ان له حق مطالبة القضاء بالطلاق ؟ ام أنه يلزم على رفع الامر للقاضي للتفريق بينهما ؟..

من مجموعة النصوص التي اطلعت عليها في الشريعة المسيحية ظهر لي انه لايجوز للزوج السكوت على زنا زوجته كما لايجوز للزوجة ان تسكت عن زنا زوجها لان الزوجان جسد واحد فاذا مافسد جزء منه فسد الاخر وبالزنا يفسد كلا الجسدين فلا يصح السكوت .

جاء في رسالة بولس الرسول الى العبرانيين الاصحاح ١٣ العدد ٤ :

ليكن الزواج مكرماً في كل شيء والمضجع طاهراً فان الزنا والفساق سيدينهم الله .

وفي رسالة بولس الرسول الاولى الاصحاح : العدد ٩ .

وفي رسالة بولس الاولى الى اهل كورنتس الاصحاح ٦ ١٦و١٨ :

من اقترن بزانية يصير معها جسداً واحداً ... اهربوا من الزنا فان كل خطيئة يفعلها الانسان هي في خارج الجسد . اما الزاني فانه يجرم الى جسده .

وفي رسالة بولس الاولى الى اهل كورنتس الاصحاح ٦ العدد ١٣ .

اما الجسد فليس لاجل الزنا بل لاجل الرب .

هذه نصوص صريحة في عدم جواز مخالطة الزناة فالواجب على اي من الزوجين اطلع على خيانة صاحبه الا يسكت لانه يكون مخالطاً للزاني ومخالطة هؤلاء لاتجوز شرعاً .

ولكن قد يقال ان هذه النصوص اوامر شرعية ليس لها مايؤيدها من القوانين التي وضعها رجال الكنيسة فلنرجع الى نصوص القوانين فنجد في الخلاصة القانونية :

السبب الثالث المادة ٧٦ : اذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع رجلها على امرها واثبت ذلك لدى الرئيس الشرعي تفرق منه .

ويقول شارح الخلاصة [١] : اذا ثبت الزنا وشكا الزوج من امرأته فسخت الزيجة. اما اذا اراد معاشرتها قصداً في عدم وقوعها في هوة الفساد متى تابت توبة نصوحه فلا تطلق منه ولكن اذا وجب طلاقها لانها ستكون سبباً في جلب اضرار كثيرة .

وجاء في القانون الثالث عشر من مجموعة قوانين القديس باسيليوس الكبير « اذا كان زنا الزوجة بعلم زوجها ولم يشأ ان ينفصل عنها بل قبل معاشرتها رغم إستمرارها على خطيئتها ، وجب اخراجه من الكنيسة لانـه يعتبر مشتركا في اثم الزنا .[٢] »

. . .

وبعد فهذه نصوص ومتون ومواد في الديانة المسيحية تشير بوضوح الى الزام الزوج او الزوجة اذا مازنا احدهما ان يطالب بالطلاق واذا ماتأخر كان اثماً ويطرد من الكنيسة لان في سكوته اعتراف ومشاركة بزنا صاحبه .

وقد رأينا ان صاحب الخلاصة القانونية ذهب الى ان الزنا المشتهر يعتـبر سبباً للفسخ بين الزوجين بعـد الدخول كما يعتبر سبباً مبطلا ان حصل قبـل الدخول .

ننتقل بعد هذا الى معرفة: هل اذا طلب احد الزوجين الطلاق من القاضي يجيبه الى طلبه ام لا ؟..

---

(١) جرجس فيلوثاوس عوض ص ٣٧ بل أن فيلوثاوس يذكر في المادة ٦ ؛ « زنا المرأة المشتهر المحقق ، من الأسباب التي تمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله يقول في ص ٢٤ .
واما الأسباب الآخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله وهي ثلاثة : - عدم النصرانية، وزنا المرأة المشتهر المحقق ، والارتباط بشكل الرهبنة .

ويقول الدكتور شحاته ص ٥٧ تعليقاً على هذا النص : - « وهو يستند في ذلك الى قوانين ابن العسال والى ماجاء بمجموع ابن العسال . فهذا النص صريح لايوجب مطالبة الزوج بمفارقة زوجته الزانية بل أن العقد ينفسخ اذا اشتهر زنا الزوجة . »

(٢) غروحبشي ص ٣٣٨ .

هل الزنا سبب ملزم للقاضي بالتفريق

اذا ارتكب احد الزوجين جريمة الزنا وتقدم الطرف الاخر للقاضي يطلب الطلاق واثبت الواقعة في المحكمة او كان لديه حكم قضائي بادانة صاحبه بهذه الجريمة فهل القاضي ملزم بالفصل بين الزوجين واصدار حكم بالطلاق ام ان له السلطة التقديرية فله ان يطلق وله ان لايطلق .

يقول الاستاذان نمر وحبشي في كتاب الاحوال الشخصية لغير المسلمين :[1] ان الزنا ليس سبباً الزامياً بمعنى ان للقاضي كامل سلطته التقديرية في الحكم به فله ان يفحص مدى خطورة الواقعة المنسوبة لاحد الزوجين على العلاقة الزوجية مكيفاً الخطأ الذي وقع ، للوصول الى مدى تبريره للتطليق وله الحق في تلمس عذر الزوج الزاني ...

ولكني ارى ان القاضي ملزم بالحكم بالطلاق اذا ماثبتت واقعة الزنا من احد الزوجين واعتمد في هذا على عدة اعتبارات فقد سبق وذكرت النصوص التي تحرم السكوت عن الزنا فكيف اذا لم يحكم القاضي بالتفريق يستمر الزوج بمعاشرة زوجته .

هذا فضلا عن المصدر التاريخي لقوانين الاحوال الشخصية للطائفة المسيحية سواء ما اعتبرنا منها القانون الروماني او القانون الفرنسي وقد اجمع الفقه والقضاء في فرنسا على اعتبار جريمة الزنا من الاسباب الملزمة للقاضي بالحكم بالتفريق [1].

ولهذا فاني لااوافق على ماذهب اليه الاستاذ نمر في كتابه من ان الزنا

---

(١) نمر وحبشي ص ٣٢٤ .

(٢) يقول الدكتور الشرقاوي ص ٣٦ : ان الفقه مجمع منذ وقت طويل على تقسيم اسباب الطلاق (في فرنسا) الى نوعين اسباب الزامية ، واسباب اختيارية ، ومن الاسباب الالزامية الزنا .

سبب اختياري وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالطلاق او عدمه ، بل انه سبب الزامي متى تحقق من وقوعه فيجب عليه التفريق بين الزوجين .

ويعجبني ما ذهب اليه الدكتور اهاب اسماعيل حيث فرق بين الزنا الحقيقي والزنا الحكمي فاعتبر الاول سبباً الزامياً للقاضي والثاني سبباً اختيارياً نظراً لما للثاني من مرونة تخضع للتقدير يقول : « ونعتقد ان التفرقة بين الزنا الحقيقي وجعله سبباً الزامياً والزنا الحكمي وجعله سبباً اختيارياً هي تفرقة منطقية تقوم على ان الاول لن يختلف اثنان في اضراره بالحياة الزوجية طالما انه يقوم على الوطء الذي لا يقره مجتمع معين او بيئة خاصة .

اما ما دون ذلك من الافعال فقد تختلف نظرة المجتمع اليه من مكان الى مكان فوجب ترك الامر لتقدير القاضي لمعرفة مدى تأثير الفعل على الزوجية من خلال ظروف البيئة واحوال الزوجين[1] .

رأي لنا للطلاق في الزنا

يبدو لي ان القوانين والشرائع التي تحصر حق طلب الطلاق بزنا احد الزوجين تفتح باباً للزنا في حين انها تحسب انها تسد الابواب في وجه الزنا .

ان هذا الحق يبدو حسناً جداً فيما لو اعطى للزوجين الحق في الطلاق بارادتها المنفردة ثم جعل هذا الحق استثنائياً وذلك تخلصاً من بعض الالتزامات المالية مثلا .

اما وان يجعل هذا الحق حق الطلاق مقصوراً على الزنا وما شابه ذلك ففي هذا تجربة خطيرة للحياة الزوجية التي لا يملك احد الزوجين انفصالها الا عن هذا الطريق .

ولتفصيل ذلك اقول :

---

(١) الطلاق لدى الارثوذكس اهاب اسماعيل ص١١٩ .

لو فشلت الحياة الزوجية وتبين لاحد الزوجين استحالة استمرارها بعد أن ظن كل واحد منهما ان يجد في الاخر ما كان يرجوه وكثيراً ما تفشل تجارب الانسان في هذه الحياة ، فالطبائع قد تختلف والاخلاق قد لاتتلائم مع بعضها بل قد يكون هناك ماهو ادهى وامر من أمور مادية في احد الزوجين يصعب التعبير عنها ويكفي القول ان الزوجين اذالم تعد الحياة متلائمة بحيث يمكن الاستمرار فيها لامور قد تكون نفسية وقد تكون اجتماعية ، وقد تكون جسمية ، كل هذا يجعل احد الزوجين يتضجر من حياته ويسعى للتهرب منها سواء أكان عن طريق شرعي او آخر غير شرعي .

في هذه الحالة بالذات لا يجد الزوج امامه الا قول الشارع: من زنا فقد وجب على زوجه ان يطلب التفريق . فقد يتردد قليلا ولكنه يقدم على الزنا غير مختار في سبيل حياة أفضل يرتكب جريمة واحدة لينقذ نفسه من حياة كلها جرائم . ان الحياة الزوجية اذا كان النفور والكراهية تلازم اركانها هي في رأي الشارع والقوانين جريمة لان فيها اخلالا بالالتزامات الزوجية .

وقد يرد على ملاحظتنا هذه :

١) ليس كل فرد يقدم على الزنا لخطورة هذه الجريمة .

٢) ان القانون وراء الزاني حيث يعاقبه .

٣) لو ثبت الزنا فيبقى حق طلب التطليق للطرف الآخر .

٤) لو طلب الطرف الآخر التطليق فللقاضي حق الاجابة او الرفض .

. . .

وجوابنا على ذلك :

١) بالنسبة للامر الاول صحيح انه ليس كل انسان يقدم على الزنا ولكن هذا في الوضع الطبيعي حيث يكون الانسان فيه غير مضطر ، اما الزوج او

الفرد الذي يعيش الجحيم في بيته مع من لا يحب فهذا لا خيار له اذا ما ارتكب جريمة الزنا لانه يختار اهون الشرين: فاما حياة دائمة لا أمل في اصلاحها لان الحقد والكراهية تزيد القلب نفورا وبعداً، واما جريمة زنا مرة واحدة وبعدها حياة توبة واستغفار تملأها ندامة القلب وحسن المآب .

ان الشرائع جميعها تقول ان للضرورات احكامها . ونحن بين أمرين بين حياة تملؤها المعاصي لان عدم تأدية الحقوق الزوجية ما للطرف الآخر من واجبات هي معصية . وخاصة والمسيحيـة تقول : لتخضع النساء لازواجهن كما للرب ، وبين ارتكاب جريمة قد تكون صورية في موضوعها جريمة في شكلها فالعبرة لمرتكب هذه الجريمة انها وسيلة انقاذ لا تحقيق شهوة .

٢) ثم اي قانون هو الذي يخشاه أحد الزوجين اذا ما ارتكب جريمة الزنا؟... ان القوانين المعاصرة التي تمتهن كرامة الانسان الى حد تجعل فيه جريمة الزنا أخف الجرائم عقوبة، من السهل جدا على اي فرد ان يقدم على ذلك وهو مطمئن البال مستريح الضمير فالعقوبة بسيرة والامر هين. وغدا تتفتح امامه الحياة المليئة بالخير والسعادة والهناء .

٣) قد يقال انه لو ارتكب احد الزوجين جريمة الزنا ليتخلص من الزوجية فان هذا الامر مقيد بطلب الزوج الاخر فاذا اراد ان يفوت عليـه مقصوده فعل ولم يطلب الطلاق ؟

وللجواب على هذا من ناحيتين :

١ - اولاهما : لا اتصور ان زوجة ترى عشيقة داخل بيتها او أن زوجاً يرى عشيقاً مع زوجته ويسكت رضاء بالامر الواقع ان هذا نادر واذا وجد فلا قياس على الشاذين في هذه الحياة .

٢ - وثانيهما : لقد اثبتت بالنصوص الصريحة ان السكوت على جريمة الزنا لا يجوز لاحد الزوجين التغاضي عنها، وقلت ان الواجب يقتضي طلب التفريق

بل ان بعض النصوص تعتبر الزنا سبباً للفسخ . ومن سكت فقد طرد من الكنيسة .

٤) وأما بالنسبة للقاضي فهو امر الزامي كما رجحنا واثبتنا ذلك ولنا في الاجتهاد القضائي الفرنسي والعرف هناك لاكبر دليل على قولنا بأن هذه مادة التفريق للزنا تعتبر الزنا سبباً الزاميا للقاضي بحكم التفريق دون ان يكون له سلطة تقديرية .

وعلى هذا فلم يبق امام احد الزوجين إلا أن يرتكب جريمة الزنا وتقام دعوى تسجل فيها هذه الجريمة بحكم قضائي وبموجب ذلك يعتبر هذا الحكم بمثابة قرينة قانونية يحكم بها القاضي حين ما تطلب الزوجة او الزوج الطلاق .

• • •

المبحث الثالث

الطلاق للزنا في القوانين الاجنبية [1]

ذكر القانون الايطالي اسباب التفريق الجسماني ومنها الزنا :

ايطاليا م ١٥١ : زنا احد الزوجين .

اليونان م١٤٣٩ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق بسبب زنا الزوج الاخر او زواجه مرة ثانية . ولا تقبل دعوى الزوج الذي حصل الزنا او الزواج الثاني برضائه .

انكلترا م ١ : من قانون ١٩٥٠ حددت اسباب الطلاق ومنها الزنا ولا فرق بين زنا الرجل وزنا المرأة .

والطلاق للزنا اول ما طبق في انكلترا كان عام ١٨٥٧ حيث صدر اول قانون يبيح طلب الطلاق للزنا وهو السبب الوحيد لانه ورد في انجيل متى حيث كان الشعور سائدا بعدم مخالفة تعاليم المسيحية ولكن انكلترا وهي تدين بالبروتستانت وهذا المذهب يجيز الطلاق للزنا .

---

(١) لا يوجد تشريع لا يقر الزنا كسبب للطلاق إلا الدول التي تحرم الطلاق ومنها ايطاليا : م٣٧٢ ، سويسرا : ولا فرق بين زنا الزوج او الزوجة فكلاهما في درجة واحدة من الخطورة من حيث اثره في انهاء الزواج . ومع ذلك فمن الناحية الجنائية توجد هذه التفرقة في اليونان وفرانسا فقرة ١٠٨٦ .

يوغوسلافيا م ٥٧ : يحق لاحد الزوجين طلب الطلاق بسبب زنا الزوج الآخر .

بلجيكا م ٢٢٩ : زنا الزوجة ٢٣٠ زنا الزوج في منزل الزوجية .

تركيا م ١٢٩ : يجوز لكل من الزوجين ان يرفع طلباً بالطلاق بسبب الزنا ولا تسمع الدعوى اذا صفح احدهما عن الآخر .

المانيا م ٤٢ : من قانون سنة ١٩٤٦ ف ٢ نص القانون الالماني على حق أحد الزوجين بطلب الطلاق اذا ما ارتكب شريكه جريمة الزنا وقد ذكرت المادة ٤٢ بأن الزوج لا يستطيع ان يطلب الطلاق بسبب زنا زوجته اذا وافق عليه او سهل ارتكابه او جعله ممكنا بسلوكه المقصود .

التطليق للزنا في القانون الفرنسي :

ان الزنا يعد اخلالا بواجب الاخلاص الزوجي الذي يلتزم به الزوجان بمجرد عقد الزواج فاذا ارتكب احدهما جريمة الزنا كان للطرف الاخر الحق في طلب التطليق من القاضي .

والزنا من الاسباب الملزمة للقاضي بالتفريق فليس له حق التقدير في تأثير ذلك على الزواج بل كل مايفعله القاضي ان يتأكد من وقوع الزنا او عدم وقوعه.

على ان جريمة الزنا ولو تمت لا تعتبر سبباً للطلاق اذا كان ذلك بموافقة الزوج الاخر ، لان مناط التفريق هو الاخلال بالارتباط الزوجي لا لمخالفة القانون فلو تم زنا احد الزوجين بمعرفة الاخر او بتحريضه لا يكون سبباً للتفريق .

وقد نص على ذلك في القانون الفرنسي في مادتين ٢٢٩ و ٢٣٠ .

م ٢٢٩ : يجوز للزوج ان يطلب الطلاق لسبب زنا زوجته .

م ٢٣٠ : يجوز للزوجة ان تطلب الطلاق لسبب زنا زوجها .

• • •

الاجتهاد القضائي

« الزنا سبب قاطع للطلاق فليس للقاضي في هذا الشأن اية سلطة تقديرية ولا يجوز له على الاخص ان يقيم وزنا الدعوى عدم وجود قصد جنائي ولا لحسن النيه او الخطأ القانوني من الزوج المدعى عليه[١] » :

وان زنا الزوج كزنا الزوجة كلاهما سبب قاطع للطلاق ومن ثم ليس للقاضي ايه سلطة تقديرية في هذا الشأن بل عليه ان يحكم بالطلاق بمجرد ثبوت الزنا[٢] :

اما زنا الزوج في حالة اختلال قواه العقلية فلا يكون سبباً للطلاق او الفرقة[٣] :

وقد توسع القضاء اكثر من ذلك فاعتبر الشروع في الزنا او قيام صداقة بين الزوج وشخص آخر (من جنس مختلف) من اسباب الطلاق لانها تعد اخلالا بالتزام الاخلاص الزوجي[٤] .

. . .

---

(١) دالوز ١٩٣٧ – ١ – ١٥ .

(٢) مرجع القضاء ص ١٤١ .

(٣) محكمة كان ٣١ ديسمبر ١٨٨٩ .

(٤) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٩٠ للدكتور الشرقاوي .

مقارنة بين الشريعة الاسلامية وبقية الشرائع والقوانين

قلنا ان نظام اللعان في الاسلام شرعه الله للزوج اذا اتهم زوجته وعجز عن اثبات جريمة الزنا فيحلف اربعة ايمان على ذلك وترد الزوجة التهمة بايمان مثلها .

ان في هذا النظام لمحات من العناية الالهية لهذه الاسرة المنكوبة بهذه التهمة لترفع عنها نظرة المجتمع القاسية وسخط الاجيال المقبلة .

كان من السهل جداً ان تعتبر ايمان الزوج بمثابة شهادة على ارتكاب الزوجة ما اتهمها به وتعاقب الزوجة كزانية ولكن للاسلام حكمة تشريعية خالدة في هذا النظام يريد ان يحفظ لهذه الاسرة وما فيها من أولاد السمعة الطيبة .

ان في هذا لبلاغ لقوم يعقلون .

فالاسلام حريص على بناء الاسرة لانها النواة الاولى في بناء المجتمع فشرع هذا النظام ليتخلص الزوج من زوجته ومن الاعباء المالية فاعطى للزوجة حق الدفاع فلا يستطيع شخص ان يتهمها بالزنا لانها رفعت الشبهة عن نفسها بايمانها حينما نفت هـــذه التهمة وعلى أقل تقدير فان جريمة الزنا لم تثبت ولو قضاء وامام الناس .

اما في الشرائع الاخرى فلا تفريق الا بعد ثبوت جريمة الزنا ثبوتا كاملا لاريب فيه ، بعد ان يصدر حكم امام المحكمة تدين به الزاني وتثبت الوقائع المادية أن احد الزوجين ارتكب الزنا فيفرق القاضي بينهما .

انه العار الذي حاول الاسلام تخفيف وطأته بل رفع اثمه عن الزوجين بقدر المستطاع حفظا للاسرة وللاولاد في المستقبل .

وأخيراً اسوقها كلمة صريحة لمن يحارب نظام الطلاق في الاسلام رعاية للاولاد وخشية ان تملأ الشوارع من المشردين كأن الطلاق مدرسة للمشردين يتخرج منها الوف الاطفال في كل يوم . كلمة صريحة أقولها لهؤلاء ان خيرا للمجتمع وللاسرة وللاولاد ان يفتح باب الطلاق كما جاء في الاسلام ويقال الاولاد اولاد المطلقين من ان يغلق باب الطلاق وتفتح ابواب الزنا ويقال الاولاد أولاد الزناة ...

* * *

الفصل الثاني

الظهار في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

كان الظهار قبل الاسلام فرقة من فرق ازواج لدى العرب بل كان اقسى انواع الفرق واشدها ضررا بالمرأة فكان الرجل اذا كره امرأته ولم يرد ان تتزوج بغيره ظاهر منها فتصبح لاذات زوج ولا خليه تنكح غيره[1].

فلما جاء الاسلام تمشياً مع مبادئه العامة في رفع الظلم عن النـاس وتوخياً لمصلحة المرأة ودفع الضرر عنها ابقى اصل الظهـار ، ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مذيل للنكاح[2] : فما هو الظهار .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ ، الخرشي ٣/٢٤١ .

(٢) قال في البدائع ٣/٢٣٤ : كان الظهار طلاق القوم في الجاهليـة فنقله الشرع من تحريم المحل الى تحريم الفعل فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح .

المبحث الاول

تعريف الظهار ومصدره وصفته الشرعية

تعريف الظهار :

لغة : الظهار لغة هو مصدر ظاهر يقال : ظاهر زيد عمرا اذا قابل ظهره بظهره حقيقة .

وشرعاً : هو ان يقول الزوج لزوجته انت علي كظهر امي [١] .

قال صاحب الفتح [٢] : الظهار : هو تشبيه الزوجة اوجزءاً منها سائغ او معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهريه .

وقال في الانصاف [٣] : الظهار : هو ان يشبه امرأته او عضوا منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد او بعضو منها من نسب او رضاع .

وعرفه ابن عرفة [٤] : الظهار : تشبيه زوج زوجته حل وطؤه اياها بمحرم منه او بظهر اجنبية في تمتعه بهما .

وقال صاحب التاج المذهب [٥] : لفظ مخصوص يوجب تحريم الاستمتاع والنظر بشهوة ، ويرتفع بالكفارة وما في حكمها .

وعرفه في شرح النيل [٦] .

---

(١) مختصر المزني ٤/١٢٠ .
(٢) الفتح القدير ٣/٢٢٥ .
(٣) الانصاف ٩/١٣٩ .
(٤) شرح الخرشي ٣/٢٤٢ .
(٥) التاج المذهب ٢/٢٤٣ .
(٦) النيل ٣/٣٩٤ .

الظهار : هو تشبيه المسلم المكلف من تحل له او جزءها بظهر محرم او جزء آخر وان بصهر او رضاع .

وقال النسفي في الكنز [1] : الظهار : هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأبيد .

وعرفه فضيلة الشيخ احمد ابراهيم رحمه الله : الظهار تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة [2] .

مصدر الظهار ــ القرآن والسنة :

قال الله تعالى في سورة المجادلة [3] :

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن امهاتهم، ان امهاتهم الا اللاتي ولدنهن وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وان الله لغفور رحيم . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم .

---

(١) تبيين الحقائق الزيلعي ٣/٢ .

(٢) الاحوال الشخصية احمد ابراهيم ص ٣٤١ .

(٣) سورة المجادلة

(٤) سبب النزول : روى المفسرون ان اول ظهار في الاسلام كان ظهار اوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة ، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقالت : انه اكل شبابي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا وكان عليه السلام يقول لها : اتقي الله فانه ابن عمك فابرحت حتى نزل قوله تعالى : قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما الى آخر سورة المجادلة . راجع : تفسير القاسمي ١٦/٥٠٩٠ فتح الباري ٩٨/١٣ النيل ٣/٣٩٤ المذاهب الخمسة ص ١٩٥ الخرشي ٣/٢٤١ بداية المجتهد ٢/٦٣ الزيلعي ٣/٣ .

وعن ابن عباس[1] : ان رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله اني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل ان اكفر . فقال رسول الله : « لا تقربها حتى تفعل ما امر الله عز وجل » .

• • •

حكم الظهار او صفته الشرعية :

حرم الاسلام الظهار لانه منكر من القول ولان فيه اضرار بالمرأة المظاهر منها حيث تصبح لا هي زوجة ولا هي مطلقة ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام.

قال في نهاية المحتاج[2] : . . وهو حرام بل كبيرة لان فيه اقداماً على احالة حكم الله وتبديله . ولذا سماه الله تعالى منكرا من القول وزورا في اول سورة المجادلة .

وقال السبكي : انه من الكبائر .

وقال السيوطي في الاكليل[3] : في هذه الآيه حكم الظهار وانه على الكبائر.

وقال في النيل[4] : حكم الظهار انه كبيرة من الكبائر لان الله تعالى وصف مطلق الظهار بانه منكر وزور .

• • •

(١) المحلى ١٠/٥٥ وقال ابن حزم : فوجب الوقوف عند أمره .

(٢) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ .

(٣) نقل هذا الكلام العلامة القاسمي في تفسيره ١٦/٥٧٠٩ .

(٤) النيل ٣/٣٩٤ .

المبحث الثاني

اركان الظهار

لا بد في كل ظهار من أربعة أركان : ١ ــ مظاهر

٢ ــ مظاهر منها

٣ ــ صيغة

٤ ــ مشبه به .

١ ــ مظاهر :

ويصح الظهار من كل زوج مكلف يصح طلاقه . واختلفوا في فاقد القصد اختلافهم في طلاقه .

فلا يصح ظهار الصبي والمجنون والمغمى عليه والمكره عند الشافعية[١] : والزيدية[٢] والاباضية[٣] والجعفرية[٤] والاحناف[٥] وعند الحنابلة يصح ظهار

---

١) مغني المحتاج ٣/٣٥٢ .

(٢) التاج المذهب ٢/٢٤٣ وقالوا : لايصح من المكره ما لم ينوه .

(٣) شرح النيل ٣/٣٩٤ .

(٤) المختصر النافع ٢٢٩ وقال في الروضة البهية ٢/١٧٢ ولا يقع إلا بالبلوغ والعقل وجاء في من لا يحضره الفقيه ٣٤٤ : ولا ظهار في غضب ومثل ذلك جاء في الاستبصار ٣/٢٥٨ الكافي ٢/١٢٧ .

(٥) البدائع ٣/٢٣٠ وجاء فيه لصحة الظهار : الا يكون معتوها ولا مدهوشاً ولا مغمى عليه . البدائع ٣/٣١ .

الصبي على الاصح[1] .

وأما العاجز عن الوطء : فعنـد المالكية قولان :

قال ابن القـاسم يصح ظهاره وهو مذهب الشافعي والجعفوية والزيدية .

وقال اصبغ وسحنون : لا يصح ظهاره .

واما ظهار السكران : فالذين اجازا طلاقه اجازوا ظهاره .

فلا يصح ظهاره عند الزيدية ولا عند المزني من الشافعية خلافاً للامام الشافعي فانه اجاز ظهاره[2] .

. . .

(١) المغني ٨/٥٥٤ الشرح الكبير ٨/٥٦٥ الانصاف ٩/١٩٧ وقال : ويصح ظهار الصبي حيث صححنا طلاقه قال في عيون المسائل : سوى الامام أحمد بينه وبين الطلاق وقال في القواعد الاصولية : اكثر الاصحاب على صحة ظهاره .

(٢) مختصر المزني ٤/١١٦ .

هل يصح ظهار المرأة

اذا قالت المرأة لزوجها انت علي كظهر امي هل يعتبر هذا ظهارا ؟

قال ابو يوسف : يصح ظهارها ويجب عليه كفارة الظهار .

وقال محمد : لا يصح من المرأة ظهار الرجل .

وقال الحسن بن زياد : لما بلغه قول الامامين : هما شيخا الفقه اخطآ عليهما كفارة اليمين اذا وطئها زوجها[1] . فعلى مذهب الحسن يلزمها كفارة يمين فكأنها قالت لزوجها : والله لا جامعتني .

والاصل في الخلاف :

اختلافهم في حقيقة الظهار هل هو كالطلاق او كاليمين فمن جعله كالطلاق قال لا يصح ولا يلزم به شيء وبه قال مالك والشافعي .

ومن جعله كاليمين اوجب عليها كفارة الظهار ومنهم من اوجب عليها كفارة يمين .

والخلاصة في ظهار المرأة ثلاثة اراء :

١) اشهرها انه لايكون منها ظهار مالك والشافعي والزيدية والحنابلة[2]

٢) على الزوجة كفارة يمين . رأي الحسن .

٣) يصح الظهار وعليها كفارة ظهار رأي أبي يوسف والاباضية[3] : على الاشهر .

---

(١) البدائع .

(٢) بداية المجتهد ٢ /١٦ التاج المذهب٢/ ٢٤٢ الانصاف ٩/ ٢٠٠ وان قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي ، لم تكن مظاهرة وعليها بعده كفارة ظهار ، وعليها التمكين قبل التكفير .

(٣) جاء في النيل ٣/ ٣٩٩ في باب الظهار : وظهار المرأة أن تشبه زوجها بمن لا يحل لها من الرجال ... كأن تقول أنت كأبي او كالمشركين والحاصل : انها كالرجل فيمن يمكن خلافاً ووفاقاً وجاء في ص ٣/ ٤٠١ : او قالت هو كأمها او بنتها او غيرها من النساء التي لا يحللن لها لو كن رجالاً او من النساء اللاتي يحللن لو كن رجالاً فهو ظهار . وقيل يمين .

وجاء في المحلى[1] : وعن الزهري في امرأة قالت لزوجها : هو عليها كأبيها فقال الزهري : قالت منكرا من القول وزور فنرى ان تكفر بعتق رقبة أو بصوم شهرين متتابعين او تطعم ستين مسكيناً ولا يحول بينها وبين زوجها ان يطأها . وهو قول الاوزاعي وحسن البصري والحسن بن زياد اللؤلؤي .

. . .

٢ — مظاهر منها :

ويقع الظهار على كل زوجة يصح طلاقها[2] وبذلك يصح الظهار من الصغيرة والمريضة والرتقاء والذمية ، قبل الدخول أو بعده .

واما المطلقة رجعياً فالذي اجاز الطلاق في العدة قال يصح ظهار الرجل من امرأته المطلقة رجعياً ما دامت في العدة. واما الذين قالوا ان الطلاق لايتبع الطلاق فقالوا لا يصح الظهار على المرأة المطلقة رجعياً[3]

وقد اشترط الجعفرية ان تكون طاهرا من الحيض فقالوا :

يشترط كونها طاهرا من الحيض والنفاس وغير حامل وان لا يكون قد قربها في ذلك الطهر[4] .

وجاء في كتب الحديث الصحاح عند الجعفرية[5] :

عن ابي جعفر عليه السلام : لا يكون ظهار الا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين .

---

(١) المحلى ١٠/٥٤ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٥٢ المحلى ١٠/٥٥ الخرشي ٣/٢٤٢ الروض النضير ٤/١٨١ .

(٣) التاج المذهب ٢/٢٤٣ قال ولا يصح مظاهرة المطلقة رجعيا والمفسوخة ، ومن قال ان الطلاق يتبع الطلاق صحح ظهار المعتدة من الرجعي .

أقول الجمهور من الزيدية على ان الطلاق لايتبع الطلاق .

(٤) الروضة البهية ٢/١٧١ المختصر النافع ٢٢٩ ، المذاهب الخمسة ١٩٥ .

(٥) الكافي ٢/١٢٧ الإستبصار ٣/٢٥٨ . الفقيه ٣٤٥ .

٣ ــ صيغة الظهار :

الظهار اما ان يكون بلفظ صريح او بلفظ كناية ..

وعلى هذا فالظهار : صريح و كناية .

فالصريح كأن يقول الرجل لزوجته انت عل كظهر امي .

والكنـاية : اذا قال لها انت علي كأمي .

والفرق بين الصريح والكناية في الحكم ان الكناية لايقع الا بالنية ويصدق لدى القضاء انه ما اراد بهذا اللفظ معنى الظهار من حيث التحريم بل اراد مثلا بقوله انت على كأمي بالكرامة او الشفقة او المحبة .

ولا خلاف بين الفقهاء[١] : في لفظ الصريح وأنه يلزم حكمه ولو لم ينو شيئاً لان الصريح لايحتاج الى نيه ، انما اختلفوا في الفاظ الكناية فبعضهم يعتبر لفظاً ما انه كناية وبعضهم يعده صريحاً .

قال الأحناف في مجمع الانهر[٢] : اللفظ الصريح : انت علي كظهر امي اي لايحتمل غير الظهار سواء نواه ام نوى طلاقاً او ايلاء او لم ينو فلا يكون الظهار لانه صريح .

اما لو قال لها انت علي مثل امي : فان نوى الكرامـة صدق وان نوى الظهار فظهار او نوى الطلاق فطلاق .

وقال الشافعية في مغنى المحتاج[٣] :

صريحة : ان يقول لزوجته انت علي او مني او معي او عندي كظهر امي ، او انت كظهر امي .

---

(١) قال ابن حزم ٤٩/١٠ : ومن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي او قال لها : انت مني بظهر امي او مثل ظهر امي فلا شيء عليه ، ولا يحرم بذلك وطؤها عليه حتى يكرر القول بذلك مرة أخرى فاذا قالها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار .

(٢) مجمع الأنهر ٤٥٦/١ ؛ والدر المختار ٥٦٢/٢ .

(٣) مغني المحتاج ٣٥٣/٣ .

وكناية : كما لو قال لها : انت كأمي : فان قصد الظهار كان ظهاراً والا فلا كما لو قصد كرامة .

وقال الحنابلة ان قال : انت علي كأمي او مثل امي كان مظاهراً على الصحيح من المذهب .

وعن احمد ليس بظهار .

وقال صاحب الانصاف[1] : والذي يصح عندي في قياس المذهب : ان وجدت نية او قرينة تدل على الظهار فهو ظهار والا فلا .

اما ان قال : اردت كأمي في الكرامة او نحوه جاز ذلك ديانة وأما قضاء فروايتان .

وقال الزيدية[2] : صريحة : قول زوج مكلف ظاهرتك اوانت مظاهرة.

وكناية : انت علي كأمي .

وقال المالكية[3] : اذا قال لها انت علي كظهر امي واراد به الطلاق وجاء مستفتياً فانه لاينصرف اليه ويلزمه الظهار .

اما الكناية فانه اذا نوى بها الطلاق لزمه الطلاق في الفتيا والقضاء .

وقال الاباضية[4] : وان قال هي كأمه او مثلها وقال : اردت محبة او براً وشفقة وكل الى دينه وان لم يقل ارادت كذا حكم عليه بالظهار الا ان ظهرت قرينه تدل على انه اراد غير الظهار .

الاشهاد :

اشترط الجعفرية الاشهاد في الظهار والا كان لاغياً .

---

(١) الانصاف راجع فتاوي ابن تيمية ٤/١٣٥ .

(٢) التاج المذهب ٢/٢٤٣ .

(٣) شرح الخرشي ٤/٢٤٥ .

(٤) شرح النيل ٣/٣٩٥ .

جاء في الروضة البهية[1] : ولابد من حضور شاهدين يسمعان الصيغة ، كالطلاق ، فلو ظاهر ولم يسمعه الشاهدان وقع لاغياً .

وجاء في الاستبصار[2] في حديث لابي جعفر ووجدته ايضاً في الكافي[3] وفي من لايحضره الفقيه[4] من حديث طويل : لاظهار الا بشهادة شاهدين مسلمين .

. . .

٤ ـ المشبه به

المشبه به هو ظهر الام. فلا خلاف بين الفقهاء في أن من شبه امراته بظهر امه كان مظاهراً. ولكن الخلاف فيما لو شبهها بغير ذلك سواء بعضو من امه غير ظهرها او شبهها بغير امه .

قال الظاهرية لا يكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام .

وقال الجمهور : يكون الظهار بكل عضو يحرم النظر اليه .

وقال ابن حزم[5] : ولايجب الظهار الا بظهر الام لابغيره من الاعضاء .

ولا يجب الظهار من غير الام لامن أب ولا من أخت ، لقوله تعالى :

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن امهاتهم.. وقوله والذين يظاهرون من نسائهم ..

قال الشافعية في مغنى المحتاج[6] والمذهب : اطراد التشبيه في كل محرم من نسب او رضاع او مصاهرة لمساواتهن الام في التحريم المؤبد .

---

(١) الروضة البهية ١٧٢/٢ .

(٢) الاستبصار ٢٠٨/٣ .

(٣) الكافي ١٢٧/٣ .

(٤) من لايحضره الفقيه ص ٣٤٥ .

(٥) المحلى ٤٩/١٠ .

(٦) مغني المحتاج ٣٠٠/٣ .

واليه ذهب الحنابلة على الصحيح من المذهب[١] والجعفرية على الاشهر[٢] والاحناف[٣] : والاباضية[٤] : والمالكية[٥] : والزيدية[٦] .

والقول الثاني عند الشافعية المنع لو ورد النص في الام فقط .

ويشترط في المشبه به حرمة التأبيد فلو شبه زوجته باختها فلا ظهار لانها لاتشبه الام ، في التحريم المؤبد فان حرمة اخت الزوجة موقته وتزول بزوال زوجته اختها فاذا ما طلق اختها فله ان يتزوجها .

قال بهذا الشافعية والاحناف[٧] والجعفرية[٨] والاباضية[٩] :

وخالف مالك : قال في بداية المجتهد : واما لو شبه زوجته بأجنبية لاتحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك . وقام ابن الماجشون : لاظهار .

. . .

---

(١) الانصاف ٩/١٩٣ لو قال لزوجته انت علي كظهر ابي فهل روايتين : احدهما : هو ظهار وهو المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في المحرر . والثانية : ليس بظهار : اختاره ابن حامد وابو الخطاب والشيرازي والانصاف ٩/١٩٥ .

(٢) الروضة البهية ٢/١٦٩ وقال : على ان يكون بلفظ الظهر لاغيره .

(٣) مجمع الأنهر ١/٤٠٤ والزيلعي ٣/٢ .

(٤) النيل ٣/٣٩٤ .

(٥) بداية المجتهد ٢/٦٣ .

(٦) الروض النضير .

(٧) قال في البدائع ٣/٢٣٣ .

(٨) المختصر النافع ص ٢٢٩ .

(٩) قال في النيل ٣/٣٩٤ : لو قال لزوجته انت علي كظهر المشركات يريد الحقيقة والاستغراق فهو ظهار لأن حقيقة المشركة لا تحل ابداً . اما ان اراد مشركة بعينها فلا ظهار لانها قد تؤمن فتحل له .

المبحث الثالث

آثار الظهار — حرمة الاستمتاع حتى التكفير

١) حرمة الاستمتاع

متى ظاهر الرجل من امرأته حرم عليه وطؤها حتى يكفر كما جاء في القرآن[١]

والحكمة في تلك الكفارة كما يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة[٢] :

هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، ومنع ظلم المرأة ، فان الذين يصنعون ذلك يقصدون به الكيد لها .

هل يحرم ما عدا الوطء على المظاهر :

الجمهور[٣] : على انه يحرم على الزوج اذاظاهر من زوجته الوطء ومقدماته

---

(١) قال الحنابلة : اذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة — المغني ٥١٩/٨ الانصاف ١٩٥/٩ اقول : وهذا لا خلاف فيه .

(٢) الأحوال الشخصية قسم الزواج ص

(٣) شرح الخرشي ٢٤٨/٣ ، البدائع ٢٣٥/٣ وجاء في التاج المذهب ٢٤٨/٢ ويحرم بالظهار الوطء ومقدماته من تقبيل ولمس ونظر بشهوة منه اليها لا منها اليه فلا يحرم عليها حتى يكفر او ينقضي وقت المؤقت فان كان الظهار مطلقاً حتى يكفر وان كان مؤقتاً حتى ينقضي الوقت وجاء في المحلى ٩/١٠ ؛ ولا يحل له ان يطأها ولا أن يمسها بشيء من بدنه فضلاً عن الوطء إلا حتى يكفر .

من تقبيل ولمس ونظر بشهوه حتى يكفر .

ولم يخالف في مقدمات الوطء الا رواية عن احمد[1] ورواية عن الجعفرية[2] .

وقد نقل ابن رشد في بداية المجتهد[3] ، قال الشافعي : انما يحرم الظهار الوطء فقط . واورد له حججاً لاعلم له بها ولكني وجدت ان مذهب الشافعي كالجمهور في تحريم الوطء ومقدماته .

جاء في مغنى المحتاج[4] : وكذا يحرم عليه المس ونحوها كالقبلة بشهوة لان ذلك قد يدعو إلى الوطء او يقضي اليه .

. . .

دور الزوجة في الظهار

شكوى الزوجة في الظهار :

بما ان الظهار يحرم على الرجل ان يطأ امرأته فيجب على الزوجة ان تمكنه من نفسها قبل ان يكفر والا كانت تشاركه في معصية الله .

فاذا امتنع الزوج المظاهر عن التكفير وضجرت الزوجة بذلك فلها ان ترفع الامر للقاضي والقاضي يطالبه بالتكفير والعودة الى زوجته او يأمره بالطلاق رفعاً للظلم .

قال الاحناف في مجمع الانهر[5] : وينبغي لهـا ان تمنع نفسها منه الى ان

---

(١) ذكر في المغني روايتان عن أحمد ٨/٥٦٧ الرواية الاولى اختارها ابو بكر والثانية : قال أحمد أرجو ألا يكون به بأس . الإنصاف ٩/٢٠٤ .

(٢) في الروضة البهية ٢/١٧٢ : أن غير الوطء ان ضروب الاستمتاع لا يحن عليه وهو أحد القولين .

(٣) بداية المجتهد ٢/٦٥ .

(٤) مغنى المحتاج ٣/٣٥٧ .

(٥) مجمع الانهر ١/٤٥٤ والبدائع ٣/٢٣٤ وقال في تنوير الابصار ٢/٥٩٢ وعليها ان تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر وعلى القاضي الزامه به .

يكفر وتطالبه بالكفارة . وسيجبره القاضي عليها بالحبس ثم بالضرب ان ابى دفعاً للضرر عنها .

وقال الخرشي [1] : وعلى الزوجة منعه لانه اعانه على معصية فان خشيت منه على نفسها رفعت امرها للحاكم فيمنعه من وطئها ويؤدبه ان اراد ذلك .

وقال الجعفرية في الروضة البهية [2] : ولو ماطل بالعود او التكفير رافعته الى الحاكم فينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعه حتى يكفر ويفيء اي يرجع عن الظهار مقدماً المرجعة على الكفارة ، او يطلق ويجبره على ذلك بعد المدة .

فان لم يختر احدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار احدهما ولا يجبره على احدهما عيناً ، ولا يطلق عنه كما لا يعترضه لو صبرت .

وقال الزيدية في التاج المذهب [3] : واذا وقع الظهار على الزوجة كان لها طلب رفع التحريم عند الحاكم . فيحبس الزوج ان امتنع عن التكفير ان لم يطلب فان طلقها فلا حبس ولا كفارة .

هل يجوز الوطء قبل التكفير

الوطء قبل التكفير : قلنا انه لا يجوز للمظاهر ان يطأ زوجته حتى يكفر ، ولكن لو خالف ذلك ووطأ زوجته فما هو الحكم في هذه الحالة ؟.

قالوا : اذا وطأ قبل التكفير اثم فلا تسقط عنه الكفارة ويجب عليه ان يمتنع حتى يكفر . قال الحنابلة [4] : اذا وطيء قبل التكفير اثم واستقرت عليه الكفارة .

---

(١) الخرشي ٣/٢٤٨.

(٢) الروضة البهية ٢/١٧٤ راجع المختصر النافع ص ٢٢٩ .

(٣) التاج المذهب ٢/٢٤٨.

(٤) المغني ٨/٥٧٢ الانصاف ٩/٢٠

وقال الجعفرية [1] : ولو وطيء قبل التكفير عامداً فكفارتان ، احداهما للوطء ، واخرى للظهار وهي الواجبة بالعزم. فان وطيء المظاهرة قبل العود والتكفير ... كف عن ذلك واثم ولزمه الاستغفار .

وقال الزيدية [2] : ولا يجوز له الاستمرار على الوطء حتى يكفر بعد العودة لاتلزمه الكفارة لهذا الوطء ولا يكون عوداً .

وقال الاحناف [3] : فلو وطأ المظاهر قبل التكفير فليس عليه غير الاستغفار للوطء الحرام والكفارة الاولى الواجبة بالظهار . ولا يعود لوطئها ثانية حتى يكفر .

وقال سعيد بن جبير تجب عليه كفارتان .

وقال ابراهيم النخعي ثلاث كفارات [4] .

متى يكون التكفير : قال الفقهاء لاتجب الكفارة دون العود لقوله تعالى: « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » وهو نص في معنى الوجوب .

ولكنهم اختلفوا في المراد بالعود هل هو الامساك ام العزم على الوطء ام هو الوطء نفسه؟..

قال الجمهور ان العود : هو العزم على الوطء .

قال بذلك الاحناف والجعفرية والزيدية والرواية الصحيحة عند مالك [5]،

---

(١) الروضة البهية ٢/١٧٢ .

(٢) التاج المذهب ٢/٢٤٨ .

(٣) مجمع الانهر ١/٤٥٤ .

(٤) الزيلعي ٣/٣ وحجة من قال لاتلزمه الا كفارة واحدة ماروى عن مسلم بن حمز حين واقع امرأته قبل ان يكفر فقال له النبي عليه السلام : استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر رواه ابو داود وابن ماجه والنسائي والترمذي .

(٥) الروضة البهية ٢/١٧٢، التاج المذهب وجاء في كتب الحديث لدى الجعفرية في حديث طويل : الذي يكفر قبل ان يواقع هو الذي يقول أنت علي كظهر أمي . الحديث في التهذيب ٢/٢٥٣ وايضاً في الاستبصار ٣/٦٠.

وقال احمد [٦] : العود هو نفس الوطء وقد انكر على مالك فيما ذهب اليه مع الجمهور ان العود هو العزم على الوطء .

ومن الغريب ان نجد ابن رشد ينقل رأي احمد خلاف ما ذهب اليه ، فيقول ان مذهب احمد تفسير العود : بالعزم على الوطء .

وقال الشافعي : العود هو الامساك نفسه ، قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت على انه لا يريد الطلاق وانه عائد ولهذا تلزمه الكفارة فان اقامته دون تطليق دليل على ارادته الامساك والعودة .

وقال الظاهرية : العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه .

الكفارة :

كفارة الظهار كما جاءت في القرآن الكريم في آية الظهار : «والذين يظاهرون.. هي على الترتيب الاعتاق ، ثم الصيام ، ثم الاطعام .

والاعتاق ، إعتاق رقبة . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع الصيام فليطعم ستين مسكيناً [١] .

---

(١) البدائع ٣/٢٣٥ التاج المذهب ٢/٢٤٨ الوجيز للغزالي ٢/٨١ ابن عابدين ٢/٥٩٤ بداية المجتهد ٢/٦٨ .

الفصل الثالث

الإيلاء في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً ، فجاء الاسلام فجعله يميناً ، فالرجل اذا حلف على ان لايطأ زوجته، كان فيه من الظلم والضرر للزوجة مما لايحتمل لان الحياة الزوجية تقوم على التعاطف والتحابب ، ولا يكون هذا في حال هجر الزوج زوجته ، ولهذا فقد وضع الشارع احكاماً تنصف المرأة المظلومة من هذا التعسف فأوجب على الزوج ان يعود الى زوجته بعد ان يكفر عن يمينه .

وقد اختلفت المذاهب في الإيلاء هل تقع به الفرقة بمجرد مضي اربعة اشهر على اليمين ، ام لابد من الطلاق وما هي المدة التي حددها الشارع حتى يعتبر اليمين إيلاء؟

وسنعرض في بحثنا هذا لتعريف الإيلاء حسب ما جاء في مختلف الآراء ، ثم اركان الإيلاء ، وما يستلزم لتوافرها ، ثم نذكر آثاره على عقد الزواج .

المبحث الاول

تعريف الايلاء ومصدره وصفته الشرعية

الايلاء لغة : الحلف .

وشرعا : الحلف على عدم قربان الزوج زوجته .

جاء في المنهاج[1]: الايلاء : هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن (عن زوجته) مطلقاً او فوق اربعة اشهر .

وفي تبيين الحقائق [2] : اليمين على ترك وطء المنكوحة اربعة اشهر أو اكثر .

وفي المغني [3] الحلف على ترك وطء المرأة .

وفي شرح الخرشي [4] : حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه .

وفي اللمعة الدمشقية [5] : الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة ابدا او مطلقا او زيادة على اربعة اشهر للاضرار بها .

وجاء في شرح النيل [6] : الايلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٤٣.

(٢) تبيين الحقائق ٢/٢٦١ .

(٣) المغنى ٨/٥٠٦ .

(٤) شرح الخرشي ٣/٢٢٩ .

(٥) اللمعة الدمشقية ٢/١٧٥ .

(٦) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

وفي المجموع للامام زيد [١] : الايلاء القسم وهو الحلف فاذا حلف الرجل ان لايقرب امرأته اربعة اشهر او اكثر من ذلك فهومؤل وان كان دون الاربعة فليس بمؤل .

وفي المحلى [٢] : الايلاء : ان يحلف ان لا يطأ امرأته وان لايجمعه واياها فراش او بيت .

مصدر تشريعه :

الاصل في الايلاء قوله تعالى : للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

بينت الآية الكريمة حكم الايلاء ونسخت ما كان عليه العرب في الجاهلية من انهم كانوا يطلقون بالايلاء فجعلت مدة اربعة اشهر لمن يولى من امرأته اقصى مايمكن ان تصبر عليه المرأة . ويجب على المؤلى ان يحنث خلال هذه المدة ويكفر عن يمينه ليعود الى زوجته التي ظلمها بترك حقوقها .

فان فاء الرجل وعاد الى زوجته فان الله غفور رحيم يغفر له، لان الفيئة توبة واستغفاراً لما اقدم عليه ، وان عزم الطلاق فليراقب الله فيما يفعل لان الله سميع عليم .

جاء في تفسير المنار [٣] : اي فليراقبوا الله عالمين انه سميع لايلائهم وطلاقهم ، عليم بنيتهم فيه ، فان كانوا يريدون به ايذاء النساء ومضارتهن فهو يتولى عقابهم .

---

(١) المجموع للامام زيد ٤/١٨٦.
(٢) المحلى ١٠/٤٢.
(٣) تفسير المنار ٢/٣٦٩ .

صفته :

الايلاء فيه ظلم وايذاء للمرأة ولهذا فانه حرام حيث يمنع عن زوجته حقاً ثبت له بموجب عقد الزواج .

قال في الانصاف [1] : « الايلاء محرم في ظاهر كلام الاصحاب ، لانه يمين على ترك واجب » .

وقال في مغني المحتاج [2] : « وهو حرام للايذاء » .

* * *

(١) الانصاف ٩/١٦٩

(٢) مغنى المحتاج ٣/٣٤٣.

المبحث الثاني

اركان الايلاء

للايلاء اركان لابد منها لتحققه وهي : —

١)حالف ٢)محلوف به ٣)محلوف عليه ٤)زوجة ٥)صيغة ٦)مدة

١ — الحالف :

يصح الايلاء من كل زوج يصح طلاقه بلا خلاف .

واختلفوا في ايلاء العاجز عن الوطء[١] :

قال الحنابلة والمالكية والشافعية والاباضية :

يشترط الايلاء من زوج قادر على الوطء لأن الايلاء معناه الحلف على ترك الوطء فاذا كان الزوج عاجزاً عن قربان زوجته فلا تنعقد يمينه .

جاء في الشرح الكبير[٢] : « واما العاجز عن الوطء فان كان لعيب غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح ايلاؤه ، لانها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد ، لان الايلاء . اليمين المانعة من الوطء وهذا لايمنعه يمين لانه متعذر ولا تضر المرأة بيمينه » .

---

(١) جاء في تفسير ابي السعود ٢/٣٧ الطبعة الاميرية : « كل زوج يتصور منه الوقاع وكان تصرفه معتبراً في الشرع فانه يصح منه الايلاء » .

(٢) الشرح الكبير ٨/٥٣٠ .

وقال الخرشي : « المجبوب والخصي والشيخ الفاني والعنين ... لاينعقد منهم ايلاء ».

وفي مغني المحتاج[2] : « ان العاجز عن الوطء ان شفاؤه مرجوا فيصح ايلاؤه والا فلا يصح ».

وقال في شرح النيل[3] : وتعليقاً على قول صاحب المتن : يتصور وطئه : اخرج بقوله : الشيخ الفاني او الطفل .

وقال الاحناف والجعفرية : يجوز الايلاء من كل زوج ولو كان غير قادر على الوطء .

جاء في الروضة البهية[4] : « ويصح الايلاء من الخصي والمجبوب وفيئه العزم على الوطء ».

وجاء في العناية[5] : « من آلى وهو مريض وتم اربعة أشهر وهو مريض ، وفيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان ذلك يسقط الايلاء عندنا ».

٢ ـ محلوف به :

هل ينعقد الايلاء بكل يمين ام لاينعقد الا باسم الله ، أو بصفة من صفاته؟.
قال الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والاباضية ينعقد الايلاء بكل يمين .

وقال الجعفرية والظاهرية والزيدية : لا ينعقد الا باسم الله .

---

(١) شرح الخرشي ١٢٩/٣ .
(٢) مغنى المحتاج ٣٤٤/٣ بتصرف قليل .
(٣) شرح النيل ٤٤٢/٣ .
(٤) الروضة البهية ١٧٧/٢.
(٥) العناية على الهداية على هامش فتح القدير ١٩٥/٣.

الرأي الأول :

جاء في فتح القدير[1] : الايلاء هو اليمين على ترك قربان الزوجة اربعة اشهر فصاعدا بالله او بتعلق ما يستبشقه على القربان .

وقال الخرشي[2] : « الايلاء حلف المسلم المكلف باسم الله او صفة من صفاته النفسية اوالمعنوية ، اوما فيه التزام عتق او طلاق او صوم اوغيرذلك» .

وفي مغنى المحتاج[3] : « الجديد عند الشافعي انه لا يختص بالحلف بالله أو بصفة من صفاته بل لو علق به طلاقاً أو عتقاً كان مولياً . »

وفي المغنى[4] : — الايلاء : « ان يحلف بالله أو بصفة من صفاته اما ان حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل ان حلف بطلاق أو عتاق ففيه روايتان :

١) ـ لا يكون مولياً .

٢) ـ يكون موليا ، لما روى عن ابن عباس انه قال : كل يمين منعت جماعها فهي ايلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي .

وجاء في شرح النيل[5] : الايلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة . . . فدخل مالا حلف فيه مثل ان يقول : ان تصدق بكذا ، او على كذا نذرا أو عتق او طلاق ان مسستها .

. . .

---

(١) فتح القدير ١٨٢/٣ .

(٢) شرح الخرشي ٢٢٩/٣.

(٣) مغني المحتاج ٣٤٤/٣ .

(٤) المغني ٥٠٣/٨ .

(٥) شرح النيل ٤٤٢/٣ .

الرأي الثاني :

في الروضة البهية[١] : الايلاء : « لا ينعقد الا باسم الله لقوله صلى الله عليه وسلم : من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت[٢] » :

وفي المحلى[٣] : الايلاء : «ان يحلف بالله او باسم من اسمائه فهو مولى ، والا فان حلف بطلاق أو عتاق او صدقة فليس مولياً ، وعليه الادب لانه حلف بما لا يجوز الحلف به » .

وفي التاج المذهب[٤] : « ان تكون اليمين قسما والقسم هو ان يحلف بالله تعالى او بصفة من صفاته » ..

اذا ترك الوطء بدون يمين فهل يعتبر موليا ؟...

قال الجمهور : اذا ترك الوطء بغير يمين فلا يلزمه حكم الايلاء .

قال في مغني المحتاج[٥] : لو امتنع بلا يمين لم يكن مولياً .

وعند الاحناف يعتبر اليمين ركناً في الايلاء فلا يصح بدونه كما جاء في فتح القدير[٦] : واما ركنه فهو الحلف المذكور .

اما مالك فقال ان قصد الاضرار فهو مول ولو لم يحلف .

جاء في بداية المجتهد[٧] : يلزمه اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك لان الضرر يوجد في الحالتين جميعا .

وفي الانصاف[٨] : اذا امسك بغير يمين لم يكن موليا ، لكن ان

---

(١) الروضة البهية ٢/١٧٥ المختصر النافع ٢١٣ .
(٢) مجمع البيان ٢/١٢٨ .
(٣) المحلى ١٠/٤٠ .
(٤) التاج المذهب ٢/٢٥٣ .
(٥) مغني المحتاج ٣/ ٣٤٥
(٦) فتح القدير ٣/١٨٢ .
(٧) بداية المجتهد ٢/٦١ .
(٨) الانصاف ٩/٢٧٠ .

تركه مضرا بها من غير عذر ، فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم له بحكمه ؟.. على روايتين .

٣ ـ المحلوف عليه :

المحلوف عليه في الايلاء هو عدم قربان الزوج زوجتـه سواء كان في ذلك مصلحة للزوجة ام للزوج .

وقال المالكية ان كان في عدم الوطء مصلحة للزوجة فهو ايلاء .

قال الدسوقي[١] : « فاذا حلف لايطأ زوجته ما دامت ترضع اوحتى تفطم ولدها او مدة الرضـاع فلا ايلاء عليه عند مالك .

وقال اصبغ يكون موليا .

قال اللخمي : وقول اصبغ اوفق بالقياس . لكن المعتمـد قول مالك من انه لا يكون موليا .

وقال : وهو مقيد بما اذا قصد بحلفه على ترك الوطء اصلاح الولد او لم يقصد شيئا والا فان قصد بحلفه مجرد الامتناع فمول » .

وقد روي عن علي بن ابي طالب : ليس في اصلاح ايلاء[٢] .

ولم تفرق بقية المذاهب بين قصد الاصلاح وغيره .

جـاء في المحلى[٣] : الايلاء . « ان يحلف ان لا يطأ امرأته سواء في غضب او لاصلاح او غيره » .

وقال في التاج المذهب[٤] : «وينعقد ولو كان ترك الوطء لمصلحته كما لو كان يضره الجماع او لمصلحتها كالرضع مثلا فانه ينعقد الايلاء» .

---

(١) الدسوقي ٢/٥٠٠ .
(٢) المغني ٨/٥٢٤ .
(٣) المحلى ١٠/٤٢ .
(٤) التاج المذهب ٢/٢٥٣ .

وفي المغنى[1] : « اما اذا حلف ان لايطأها حتى تفطم ولده فان أراد وقتا للفطام وكانت مدته تزيد على اربعة اشهر فهو مؤل ، وان اراد فعل الفطـام لم يكن موليا ، لانه يمكن قبل الاربعة الاشهر وليس بحرم ولا فيـه تفويت حق لها فلم يكن موليا » .

وفي شرح النيل[2] . « فلو قال : والله لا امسها لئلا يهزل جسمي اولبرودة الماء علي لكان ايلاء » .

٤ - زوجة :

يشترط في المولى منها ان تكون زوجة المولى فلو حلف على اجنبية ان لا يطأها فلا ايلاء . اما المطلقة الرجعية فقد اختلف الفقهاء في الايلاء منها هل ينعقد ام لا .

ومنشأ خلافهم هو الخلاف حول الطلاق في العدة فمن قال ان الطلاق يتبع الطلاق قال يقـع الايلاء على المطلقة رجعياً ومن قال ان الطلاق لايتبع الطلاق قال لا ايلاء على المطلقة رجعياً .

وكذلك اختلفوا في الصغيرة التي لاتطيق الوطء والمعيبة بعيب جنسي يحول دون الاتصال هل ينعقد اليمين عليها ام لا ؟ ...

قال الشافعية في مغنى المحتـاج[4] : « ولو آلى من رتقاء او قرناء لم يصح الايلاء على المذهب لانه لايتحقق منه قصد الايذاء والاضرار لامتناع الامر في نفسه » .

وقال الحنابلة في المغنى[3] : « فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منها لان الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه » .

---

(١) المغني ٨/٥٢٤ .

(٢) شرح النيل ٣/٤٤٨ .

(٣) مغني المحتاج ٣/٣٤٤ .

(٤) المغني ٨/٥٢٣ .

وقال الزيدية في التاج المذهب[1] :

« ويصح الايلاء من الزوجة ولو كانت صغيرة مدخولة بها ام لا صحيحة ام رتقاء » .

وقال المالكية في شرح الدسوقي[2] :

« ينعقد الايلاء اذا امكن الوقاع من جهة ولو كانت رتقاء او عفلاء او صغيرة لاتطيق او غير مدخول بها » .

وقال الاحناف في تبيين الحقائق[3] اثناء مناقشة من اشترط في الزوجة الا تكون رتقاء ...

قال « ولان النص يقتضي صحة الايلاء من النساء مطلقاً غير مقيد بوصف القدرة على الجماع » .

. . .

٥ ـ الصيغة :

واما صيغة الايلاء فهي على نوعين : لفظ صريح لايحتمل معنى آخر كقوله لها والله لاجامعتك. او بلفظ كناية يحتمل اكثر من معنى كقوله والله لا أمسك . وحكم الكناية كما مر معنا في الطلاق انه لاينعقد به اليمين الايلائية .

والخلاف الذي مر معنا في وقوع الطلاق بلفظ الكناية او عدم وقوعه قال به الفقهاء في الايلاء ايضاً فليراجع .

٦ ـ مدة الايلاء :

اختلف الفقهاء في مقدار مدة الايلاء على اربعة اقوال :

---

(١) التاج المذهب ٢/٢٥٣ .

(٢) شرح الدسوقي ٢/٤٩٩ .

(٣) تبيين الحقائق ٢/٢٦٧ .

١) **القول الاول :**

قول ابن عباس انه لايكون مولياً حتى يحلف على ان لايطأها ابداً[١]

٢) **القول الثاني :**

قول الحسن البصري واسحاق ان اي مدة حلف عليها كان مولياً وان كانت يوماً، على ان يتركها اربعة أشهر .

وبهذا القول اخذ الظاهرية[٢] :

٣) **القول الثالث :**

قول الثوري : انه لايكون مولياً حتى يحلف على ان لايطأها اربعة اشهر . او فيما زاد .

وبه قال الاحناف[٣] والزيدية[٤] :

٤) **القول الرابع :**

قول سعيد بن جبير والاوزاعي انه لايكون مولياً حتى تزيد المدة على اربعة اشهر .

وبه قال الشافعي ومالك واحمد والجعفرية[٥] .

• • •

---

(١) تفسير أبي السعود ٣٦٢/٢ .

(٢) المحلى ٤٢/١٠ .

(٣) مجمع الأنهر ٤٤١/١ .

(٤) الروض النضير ١٨٧/٤ .

(٥) مغني المحتاج ٣٤٣/٣ بداية المجتهد ٦١/٢ الشرح الكبير ٥١١/٨ الانصاف ١٧٢/٩ المختصر النافع ٢٣١ .

المبحث الثالث

اثار الايلاء

اذا انعقد الايلاء صحيحاً واستوفى اركانه السابقة فعلى الزوج الفيء الى زوجته ، فيجامعها بعد ان يكفر عن حنثه لان هجر الزوجة لايجوز .

اما اذا لم يفعل ومضت اربعة اشهر فقد اختلفت الاراء :

قال الاحناف : تبين الزوجة بمضيها بطلقة بائنة ، دون توقف على طلب الزوجة التفريق من الحاكم .

وقال الجمهور : اذامضت اربعةشهور وطالبت الزوجة بالفيء اوقفه الحاكم فاما ان يفيء فيعود الى زوجته ، واما ان يطلق . والطلاق رجعي .

وقال الظاهرية : اذا حلف الزوج على عدم قربان زوجته فالحاكم يلزمه ان يفيء ولو لم تطلب المرأة .

وعلى هذا سنبحث ثلاثة أمور :

١) مطالبة الزوجة بالفيء

٢) متى تقع الفرقة

٣) هل الفرقة طلاق بائن ام رجعي .

اولا — مطالبة الزوجة بالفيء :

قال الله تعالى : فان فاءوا فان الله غفور رحيم .

قال الفراء[1] : الفيء : ان يرجع الى اهله فيجامع .

---

(١) معاني القرآن ١/١٤٥ .

فعلى الزوج اذا آلى من زوجته ان يعود اليها بعد ان يكفر عن يمينه لقوله عليه السلام : من حلف على يمين فرأى غيره خيرا منـــه فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه[1] ولا يؤاخذه الله بتلك اليمين بل يغفر له ويرحمه .

وللزوجة اذا مامضت مدة الاربعه اشهر ان تطالب زوجها بالفيء عند جمهور الفقهاء[2] . الا اذا كان بها عذر يمنع الوطء فيمتنع عليهـا المطالبة لان الوطء ممتنع من جهتها كما ليس لها المطالبة بالطلاق . لانه انما يستحق عند امتنـاعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء[3] .

فان كان بالزوج عذر يمنعه من الوطء من مرض او احرام فالفيء حينئذ يكون بقوله : متى قدرت جامعتها لان القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار[4] .

---

(١) تفسير القاسمي ٣/٥٧٨ والكفارة هي اطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فإن لم يجد شيئاً فصيام ثلاثة أيام .

(٢) ومدة الأربعة الاشهر مدة تتضرر المرأة بتاخير الوطء فيها . روي عن عمر أنـه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول : —

تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لاشيء غــيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسال عمر كم تصبر المرأة عن الزوج فقيل له : تصبر شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفذ الصبر : فكتب إلى أمراء الاجناد أن لايحبسوا رجلاً عن إمرأته اكثر من أربعة اشهر .

ملاحظة ، في البيت الاول : خليل : بمعنى الزوج ، الشرح الكبير ٨/٥١١ .

(٣) المغنى ٨/٥٣٢ الخرشي ٣/٢٣٧ .

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٥٠ المحلى ١٠/٢٤ التاج المذهب ٢/٢٥٧ .

ثانياً — متى تقع الفرقة بالايلاء :

اختلف الفقهاء على خمسة اقوال :

١) قال الاحناف والاباضية :

اذا مضت الاربعة الاشهر ولم يفيء الى زوجته بانت منه بنفس مضي المدة .

جاء في بداية المبتدىء[1] : وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقه .

وفي شرح النيل[2] : وان لم يمسها حتى مضت اربعة اشهر بانت .

٢) وقال الظاهرية :

يلزم الحاكم المولي بالفيء ولو لم تطلب منه الزوجة فان أبى اجبره الحاكم على احد الامرين الفيء او الطلاق ولا يطلق عليه .

٣) وقال الجعفرية :

لا يجوز للقاضي ان يطلق زوجة المولى ولو لم يفيء اليها ولكن اذا طلبت الزوجة الفيء فالقاضي يمهل الزوج اربعة اشهر ابتداءمن مطالبة الزوجة لا من وقت الحلف فان ابى الفيء او الطلاق حبسه حتى يفعل .

جاء في الروضة البهية[3] : «واذا رافعته انظره الحاكم اربعة اشهر من حين المرافعة لا من حين الحلف فان اصر على الامتناع حبسه ولا يطلق عليه» .

ويشترط المرافعة من المرأة لانه حقها .

٤) وقال الزيدية :

اذا مضت اربعة اشهر على الايلاء وطالبت الزوجه بالفيء او الطلاق فالقاضي يجبره على احد الامرين ولا يطلق عليه .

---

(١) بداية المبتدي ٣/١٨٤ .

(٢) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

(٣) الروضة البهية ٢/٢٥٦ .

جاء في التاج المذهب[1] : «ومرافعتها بعد مضي الاربعة الاشهر... ويحبس الزوج ان امتنع حتى يطلب او يفيء».

٥) وقال المالكية والشافعية والحنابلة :

اذا مضت اربعة اشهر ولم يفيء الى زوجته ورفعت الزوجة امرها الى القاضي فانه يأمره بالفيء او الطلاق . فان ابى وطالبت الزوجة بالطلاق طلق القاضي عليه .

قال الخرشي[2] : «وان المولى اذا طلبت منه زوجته الحرة المطيقة للوطء الفيئه . فان امتنع من الوطء ومن الطلاق فان الحاكم يوقع عليه طلقه» .

وفي الشرح الكبير[3] : «واذا امتنع المولى من الفيئه بعد التربص او امتنع المعذور بلسانه .. وطالبت المرأة فللقاضي ان يجبره على الطلاق فان امتنع طلق عليه القاضي .»

وفي رواية عن احمد: «ليس للحاكم الطلاق عليه بل يحبس ويضيق عليه[4]» .

وفي المغني[5] : ليس للحاكم ان يأمر بالطلاق . ولا يطلق الا ان تطلب المرأة ذلك لانه حق لها . وانما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون الا عند طلبها .

وفي المنهاج[6] : «وان ابى الفيئه والطلاق فالاظهر ان القاضي يطلق عليه طلقة» .

مناقشة :

وسبب الخلاف بين من يطلب منه القاضي التفريق ومن يحبس حتى يفرق

---

(١) التاج المذهب ٢/٢٥٦.

(٢) شرح الخرشي ٣/٢٣٨.

(٣) الشرح الكبير ٨/٥٥.

(٤) المغني ٨/٥٤٠.

(٥) المصدر السابق ٨/٥٤٢

(٦) مغني المحتاج ٣/٣٥١.

هو معارضة الاصـل المعروف في الطلاق انه لايطلق الا الزوج ، للمصلحة التي توجب رفع الضرر عن الزوجة بتطليق القاضي .

فمن اجاز للقاضي التطليق لرفع الضرر، قال : يطلق القاضي في كل حالة امتنع فيها الزوج عن الطلاق وكان في امتناعه ضرر للزوجة ومن قال: لا طلاق الا بيد الرجل لم يجز للقاضي التطليق على الزوج[1] .

. . .

مناقشة اصحاب الرأي الاول والاخير[2]

ان منشأ الخلاف بين الرأيين هو خلافهم في تفسير قوله تعـالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

فأصحاب الرأي الأول قالوا ان الفيء او الطلاق يجب ان يكون اثناء مدة الايلاء .

وقال اصحاب الرأي الاخير ان الفيء او الطلاق يكون بعد مضي المدة .

أدلة اصحاب الرأي الاول الذين قالوا ان الفرقة تقع بمضي مدة الإيلاء اذا لم يفيء الى الزوجة دون حاجة الى تطليق الحاكم او طلاق الرجل .

١) قوله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

فالفاء هنا للتعقيب اي ان يمين الزوج يعقبه احد امرين اما الفيء واما عزيمة الطلاق وبما ان الفيء لايكون الا خلال المدة دون خلاف فكذلك يجب ان يكون الطلاق خلال مدة الإيلاء ولا مبرر للتفرقة بينهما حتى نقول ان الفيء

---

(١) بداية المجتهد

(٢) المغني ٨/٥٢٤، المحلى ١٠/٤٢ ، بداية المجتهد ٢/٦٠ ، مجمع البيان ٢/١٢٨ مغني المحتاج ٣/٢٤٩ فتح القدير ٣/١٨٤-١٨٥.

يجب ان يكون خلال مدة الايلاء والطلاق بعد مضيها .

٢) قال الله تعالى في مستهل هذه الآية: «والذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر».

وقال تعالى في آية اخرى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فكما ان الفرقة تقع بمضي الاقراء الثلاثة في الآية الثانية فكذلك يجب ان تقع الفرقة بمضي مدة الايلاء في الآية الاولى .

اما اذا قلنا انه لايقع الطلاق بمضي المدة كانت مدة التربص اكثر مما نص عليه القرآن وهو اربعة اشهر فقد يغيب المولى عن زوجته اكثر من ذلك وقد لاترفع الزوجة امرها الى القاضي وهذا يخالف ماجاء في القرآن حيث حدد مدة التربص المذكورة .

• • •

ادلة اصحاب الرأي الاخير الذين قالوا ان الفرقة لا تقع بمضي المدة بل لا بد من طلاق الرجل او تطليق القاضي .

١) قال الله تعالى: « فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » . فالفاء هنا للتعقيب فحكم الفيء او الطلاق يجب ان يكون عند انقضاء الاشهر الاربعة. لان قوله تعالى: « الذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر » دل على امرين : الايلاء والتربص ، والفاء جاءت عقب ذلك فلا بد ان يكون الفيء او الطلاق بعد ذلك [١] .

٢) قوله تعالى : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » صريح بأن الطلاق لايكون الا بإيقاع الرجل حين يعزم عليه فلو وقع الطلاق بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه بعد وقوعه .

٣) ظاهر قوله تعالى : « فان فاءوا فـان الله غفور رحيم ، وان عزموا

---

(١) فقه القرآن والسنة حسن مأمون ١٤٤ .

الطلاق فان الله سميع عليم » . انه تخيير بين امرين في وقت واحد ، أما على قول ابي حنيفة فالفيء يقع في المدة اما الطلاق فيقع بمضي المدة فتغاير الوقتان.

٤) ان قصد المضارة لايتحقق الا بمضي المدة التي حددها القرآن للايلاء فاذا ترك الرجل قربان زوجته اقل من اربعة اشهر لايعتبر ضاراً بالزوجة، أما اذا مضت المدة المذكورة تحقق الضرر فيؤمر بالفيء او بالطلاق .

والرأي الاخير على مايبدو اقوى حجة واقرب للمصلحة وفي هذا يقول استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف[1] : «ان رأي الجمهور اقوى واصح دليلا ، او قد يكون من الخير مفاتحة الزوج فيما حدث منه من يمين ، وامتناع عن قربان زوجته ، وذلك بعد مضي المدة فيراجع الزوج نفسه ، ويدرك خطأه ، وذلك خير من فصم عرى الزوجية بمجرد مضي المدة ، فلا تجدي المفاتحة ولا النصح ولا الارشاد ، ولكن في عدم وقوع الطلاق بمضيها تهيئة فرصة يستطيع فيها الزوج اصلاح ما افسد».

ثالثا — هل الفرقة بالايلاء طلاق بائن ام رجعي ؟..

قال الاحناف والزيدية والاباضية : ان الطلاق الذي يقع بالايلاء طلاق بائن .

جاء في تنوير الابصار[2] : « وحكمه وقوع طلقة بائنة ».

وفي المجموع للامام زيد[3] : « فان عزم الطلاق كانت تطليقة بائنة ».

وفي شرح النيل[4] : «الايلاء طلاق واحد ان لم ينو اكثر ولايملك رجعتها».

---

(١) فرق الزواج ص ٢٤٩.

(٢) تنوير الابصار ٢/٥٦٢

(٣) المجموع ٤/١٨٨ .

(٤) شرح النيل ٣/٤٤٢.

وحجة أصحاب هذا الرأي ان الشارع جعل الفرقة في الايلاء لرفع الظلم والضرر عن الزوجة .

وهذا لا يتحقق الا في الطلاق البائن لا الرجعي .

جاء في حاشية الشلبي[١]: «عن سعيد بن المسيب : انما وقع بائنا لان الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه الوطء في المدة فجازاه الشرع بالطلاق عند نص المدة تخليصا عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائنا» .

وقال الحنابلة والمالكية والشافعية والجعفرية والظاهرية: ان الايلاء رجعي.

جاء في المغني[٢]: «والطلاق رجعي سواء اوقعه بنفسه او طلق الحاكم عليه.

وعن احمد : رواية انه بائن اذا طلق الحاكم ورجعي اذا طلق الزوج» .

وفي شرح الخرشي[٣] : «ان المولى اذا طلق الحاكم عليه زوجته التي دخل بها فله ان يراجعها مادامت العدة باقية» .

وفي نهاية المحتاج ان طلاق المولى طلاق رجعي الا اذا كان قبل الدخول او مكملا للثلاث[٤] .

وفي التهذيب[٥] : «فان عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها» .

وفي المحلى[٦] : «فان طلقها ثم راجعها فقد سقط عنه حكم الايلاء» .

وسبب الخلاف بين من عد الطلاق بالايلاء بائنا وبين من قال انه طلاق رجعي معارضة المصلحة المقصودة من الايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال انه رجعي ومن غلب المصلحة قال انه بائن[٧] .

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٢/٢٦٢ .

(٢) المغني ٨/٥٤٢ .

(٣) شرح الخرشي ٣/٢٤٠.

(٤) نهاية المحتاج ٦/١٦٥

(٥) الاستبصار ٣/٢٥٥ .

(٦) المحلى ١٠/٤٣.

(٧) بداية المجتهد ٢/٦١.

جاء في المحلى[1]: «واذا حلف ولو لم يوقت وقتاً فالحاكم يلزمه ان يفيء ووطء امرأته ويؤجل له اربعة اشهر من حين الحلف سواء طلبت المرأة او لم تطلب رضيت او لم ترض .

واذا لم يفيء خلال المدة وهي اربعة اشهر من حين الحلف اجبره الحاكم بالسوط ان يجامع او يطلق او يموت قتيلاً وليس للحاكم ان يطلق عليه .

* * *

---

(١) المحلى ١٠/٤٤.

الفصل الرابع

الفرقه بتغيير الدين

تمهيد :

الزواج ارتباط بين قلبين قبل ان يكون ارتباطاً بين جسدين . فوحدة الافكار والمشاعر وتلاقي المبادىء والآراء بين الزوجين هو الدعامة الاولى التي يرتكز عليها نظام الزواج . فاذا ما اختلف الزوجان في العقيدة تباعد قلباهما ونشأ عن ذلك اختلاف في كثير من شؤون الاسرة فكل من الزوجين يريد ان يربي أولاده على حسب عقيدته ومبادئه ويصبح لكل منهما اهداف وغايات تختلف عن الآخر وهكذا يصبح كل من الزوجين في معزل عن الآخر في تقاليده وعاداته، في طباعه وخلقه، في سلوكه وتفكيره .

ولئن اجاز الشرع الاسلامي للمسلم ان يتزوج الكتابية ابتداء فلئن هذا معناه قبول احدهما بالآخر على دينه ببينة ووضوح [1] .

اما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الحياة الزوجية فالامر يختلف لان تغيير الدين

---

(١) نتكلم عن تغيير الدين الطاريء بعد الزواج اما تغيير الدين حين الزواج اي اذا كان الزوجان مختلفين ديانة فان كان معروفاً ذلك لدى الطرفين وكان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فلا اكراه لان الزوجة رضيت به على خلاف دينها واما العكس فلا يجوز المسلمة ان تتزوج غير المسلم فهذا الامر يتعلق بالنظام العام قانوناً ولان الابناء يلحقون بأبيهم وانه لاولاية لغير المسلم على المسلمة شرعاً .

معنـاه الثورة على تلك المباديء والنظم التي تعاقد عليها الزوجان وفي ظلها تم الزواج .

والحياة الزوجية ليست ميداناً للصراع الفكري بين الرجل والمرأة حتى نحكم عليها بالبقاء الابدي رغم تغيير الدين ، وليست رابطة الزوجية رابطـة ابدية لايجوز فصمها لاي سبب من الاسباب .

ولهذا فان معظم الشرائع والقوانين نصت صراحة على التطليق لتغيير دين احد الزوجين حتى ان الذين لايؤمنون بالتفريق بين الزوجين قالوا اذا غير احد الزوجين دينه وجب الانفصال الجثماني بينهما .

* * *

المبحث الاول

اثر تغيير دين أحد الزوجين على الزواج في الشريعة الاسلامية

وسنبحث في هذا الموضوع حالة تغيير دين احد الزوجين عن الاسلام في فرع والى الاسلام في فرع آخر :

الفرع الاول : ردة احد الزوجين .

الفرع الثـاني : اسلام احد الزوجين .

الفرع الأول

ردة احد الزوجين

اذا ترك احد الزوجين المسلمين دينه يعتبر مرتداً سواء انتقـل الى دين سماوي ام لم ينتقل الى دين معين .

وتعتبر الردة في الاسلام بمنزلة الموت لانها سبب مفض اليـه فالمرتد يقتل والمرتدة تحبس حتى تموت الا اذا كان في بقائها خطرا على المسلمين .

وتصرفات المرتد باطلة كلها ولايجوز ان يتزوج احدا ولهذا ينفسخ نـكاحه ان كان زوجاً . وتصرفات المرتدة أيضاً باطلة كلها وينفسخ نـكاحها على ماذهب اليه جمهور المسلمين .

ويلاحظ في احكام المرتدين جانب الخروج على نظام الدولة بخروج المرتد

على دين الدولة ومبادئها اكثر من الخروج من دين الى دين بدليل اختلاف احكام المرتد عن احكام المرتدة. فالمرتد يشكل خطرا على الدولة الاسلامية، اما المرتدة فهي اقل اثرا ولهذا لاتقتل بل تحبس الا اذا كانت من ذوات النفوذ وفي بقائها ضرر على المسلمين كما ذكرنا .

فاذا ارتد الزوج فلا يجوز بقاء زوجته على عصمته حيث لاعصمة مع الردة، ولايجوز بقاء المسلمة زوجة لمرتد لانه لادين له . وما لايجوز ابتداء لايجوز بقاء ، فكما ان زواج المشرك بالمسلمة لايجوز فكذلك بقاء المسلمة زوجة للمرتد لايجوز .

قال الله تعالى : « لاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشركة ولو اعجبتكم ». وكذلك اذا ارتدت الزوجة فلا يجوز بقاؤها زوجة للمسلم لانه لايجوز زواج المشركة ابتداء لقوله تعالى: «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» .

سنبحث أثر الردة على الزواج في الشريعة الاسلامية حيث نجد امامنا حالات ثلاث :

اولا — اذا ارتد الزوج :

قال الاحناف والزيدية والظاهرية والمالكية : ان الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد ردة الزوج لانه لايقر على فعله ويقتل ان لم يتب .

وقال الحنابلة والشافعية والاباضية بذلك ان كانت ردة الزوج قبل الدخول، اما اذا كان بعد الدخول فلا يفرق بينهما الا بانتهاء العدة، فان رجع الى الاسلام خلال ذلك فهي زوجته ، والا فرق بينهما .

وفصل الجعفرية بين من كان مسلما فأرتد وبين من كان كافرا ثم اسلم فارتد .

ثانياً — اما اذا ارتدت الزوجة :

قال الاحناف والظاهرية والزيدية : اذا ارتدت الزوجة يفرق بينهما وبين زوجها اثر ردتها

وقال المالكية : لايفرق بينهما اذا قصدت بردتها فسخ نكاحها بل تعامل بنقيض ماقصدته وتبقى زوجته، وبهذا افتى بعض المتأخرين من الاحناف .

اما الجعفرية والحنابلة والاباضية والشافعية فقدفرقوا أيضا بين ما اذا كانت الردة قبل الدخول او بعدها . فاذا ارتدت الزوجة قبل الدخول بانت في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف في مدة العدة، فان عادت الاسلام فهي زوجته والا فرق بينهما، والفرقة على كل حال من يوم الردة .

ثالثا — واذا ارتد الزوجان معا :

قال الظاهرية والزيدية: اذا ارتد الزوجـان وقعت الفرقة بينهما وبهذا قال الاحناف قياسا ولكنهم استحسنوا فقالوا لا تقع الفرقة استحسانا .

وقال الزيدية : اذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما لانـه لم يختلف دينهما عن بعضهما .

وقال الشافعية والجعفرية والحنابلة :ان كانت ردتهما قبل الدخول فسخ النكاح بينهما ، وان كان بعد الدخول يتوقف فإن عادا الى الاسلام في فترة العدة فهما على نـكاحهما والا فرق بينهما .

وفي مذهب الحنابلة روايتان في ردة الزوجين بعد الدخول .

الاحناف : جاء في متن القدوري[1] : «واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت البينونة [2]»

---

(١) الجوهرة ٢/ ٢٤ .

(٢) وجاء في الفتاوي الحامدية ١/ ٩٦ ط ميرى ثانية. سئل : هل تقع الفرقة بنفس الردة أم لابد من قضاء القاضي ؟ فأجاب تقع الفرقة بنفس الرده قال في التنوير والكنز: وارتداد أحدهما فسخ في الحال . وقال قاضيخان في باب الردة : أجمع أصحابنا علي أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة .

وقال صاحب الجوهرة في شرحه في امرأة ارتدت لتفارق زوجها : تقع الفرقة وتجبر على الاسلام وتعزر .

ولكن المتأخرين من الاحناف افتوا بعدم الوقوع اذا قصدت الزوجة بردتها فسخ نكاحها معاملة لها بنقيض مقصودها .

جاء في الفتاوى الخانية [١] : « في منكوحة ارتدت : حكي عن أبي نصر وأبي القاسم الصفار انهما قالا لا تقع الفرقة بينهما حتى لا تصل الى مقصودها ان كان مقصودها الفرقة » .

وقال الزيلعي [٢] : « وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسما لباب المعصية .

وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الاسلام لان المقصود يحصل بذلك » .

أما ردة الزوجين معاً :

جاء في البدائع [٣] : « اما إذا ارتدا معاً فلا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو اسلما معاً فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر [٤] » .

الزيدية :

جاء في التاج المذهب [٥] : « وان ارتد احدهما فانه يفسخ النكاح وتبين الزوجة

(١) الفتاوي الخانية ١/٥٤٦ .

(٢) الزيلعي ٢/١٧٨ .

(٣) البدائع ٢/٢٣٧ .

(٤) وجه القياس ان ردة احدهما تقع بها الفرقة فردتهما معاً فيها ردة احدهما وزيادة . واما وجه الاستحسان ان العرب في عهد ابي بكر لما ارتدوا ورجعوا إلى الاسلام لم يؤمروا بتجديد أنكحتهم وكان هذا في عصر الصحابة فهو اجماع تركنا القياس لاجله .

(٥) التاج المذهب ٢/٨٠ .

في الحال سواء كانت مدخولا بها ام غير مدخولة ».

وجاء في البحر الزخار [١] : « فان ارتدا معاً فلا فسخ اذ لم تختلف ملتهما فلم قوله صلى الله عليه وسلم: لا تناكح بين اهل ملتين ».

الظاهرية :

جاء في المحلى [٢] : «واذا ارتد هو دونها او ارتدت هي دونه اويرتدا معاً ففي كل هذه الوجوه ينفسخ نكاحها .. . ولا ترجع اليه إلا برضاهما» ـ أي ولوأسلم وتاب فلا رجعة الا بعقدجديد ـ .

المالكية :

وقال المالكية : إذا ارتد الزوج فرق بينهما حالا ، ولا رجعة له ولو تاب وهي في العدة أما إذا ارتدت الزوجة فقالوا : ان قامت القرائن على ان غرضها الاحتيال للخلاص من زوجها فانها لا تبين منه بل تعامل بنقيض قصدها [٣] .

وقال المواق [٤] : وان أسلم في عدتها فلا رجعة له . وكذلك ردة المرأة (طلقة بائنة) وان رجعت إلى الاسلام .

وقد نقل الحطاب عن الشامل [٥] : لوقصدت بردتها فسخ نكاحها لم ينفسخ . أما إذا لم تقصد فسخ النكاح فالفرقة تقع بينهما بمجرد ردتها عن الاسلام [٦] .

---

(١) البحر الزخار ٧٢/٣.

(٢) المحلى ١٤٣/١٠.

(٣) ونظراً لقوة هذا الرأي إقتصرت أكثر كتب المالكية على ذكره ولكن هذامقيد فيا إذا كان قصد الزوجة من ردتها الخلاص من زوجها وإلا بانت أثر ردتها.

(٤) شرح المواق ٤٧٩/٣.

(٥) مواهب الجليل ٤٨٠/٣.

(٦) شرح الدردير ٣١٦/٢ . ونقل الدسوقي رواية على بن زياد عن مالك : إذا ارتدت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح فلا يكون ذلك طلاقاً وتبقى على عصمته.

الحنابلة :

جاء في المحرر[1] : وإذا ارتد الزوجان معاً قبل الدخول او أحدهما انفسخ النكاح ...

ولو كانت الردة بعد الدخول فهل تتنجز الفرقة أو تقف على انقضاء العدة؟.. على روايتين .

وقال في المغنى[2] : اختلفت الرواية عن احمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول ...

ففي احداهما تتعجل الفرقة . .

وثانيهما : يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان ...

وقال : فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما .

وقال في كشاف القناع[3] : «ويمنع الزوج من وطئها إذا ارتدا أو أحدهما بعد الدخول» .

الشافعية :

جاء في المنهاج[4] : «ولو ارتد زوجان او احدهما قبل دخول تنجزت الفرقة، أو بعده وقفت، فان جمعهما الاسلام في العدة دام النكاح، والا الفرقة من الردة» .

الجعفرية :

قلنا ان الجعفرية فرقوا في ردة احد الزوجين بين ما إذا كان مسلماً في

---

(١) المحرر ٢/٣٠ - وراجع الفروع ٣/٨٤ والانصاف ٨/٢١٥ .

(٢) المغنى ٧/٥٦٦ .

(٣) كشاف القناع ٥/٩٤ .

(٤) مغنى المحتاج ٣/١٩٠.

الأصل ثم ارتد أو كان كافراً ثم اسلم ثم رجع الى دينه .

جاء في تذكرة الفقهاء [1] :

١) إذا ارتد أحد الزوجين: فان كان مسلماً أي ولد مسلماً ثم انتقل بعد بلوغه ورشده الى الكفر فانه لا تقبل منه توبته ولا رجوعه الى الاسلام، بل يجب قتله، وتخرج اقواله عنه بنفس الارتداد وتبين منه زوجاته ولو رجع لم يرجع اليه شيء من ماله ولا من منكوحاته بل يحرمن عليه وغيرهن من المسلمات تحريماً مؤبداً وتعتد زوجاته منه عدة الوفاة .

٢) وإن كان عن غير فطرة فان كان كافراً فيسلم ثم يرجع الى الكفر، هنا يستتاب فان تاب ورجع قبل رجوعه فلا تخرج أمواله عنه ولا منكوحاته بالارتداد بل يحجر عليه في ماله ويفرق بينه وبين منكوحاته فان رجع في العدة وهي عدة الطلاق فهو احق بهن. وان خرجن من العدة ولم يرجع بن عنه وجاز لهن نكاح غيره .

٣) أما لو ارتدا معاً : فانه كارتداد احدهما فان كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال وان كان بعده وقف الفسخ على انقضاء العدة .

الاباضية :

جاء في شرح النيل [2] : من ارتد زوجا او زوجة ثم عاد الى الاسلام اثناء العدة استمر النكاح بينهما .

وقيل لا بد من ان يجدد عقد النكاح ولو لم تنقض العدة .

• • •

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢/٦٥٨.
(٢) شرح النيل ٣/١٩٥.

نوع الفرقة التي تقع بالردة

قال الأحناف [1] :

ان ردة الزوجة فسخ بلا خلاف في المذهب اما ردة الزوج فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق بائن عند محمد .

وقال **الشافعية و الحنابلة و الجعفرية و الزيدية و الظاهرية** [2] :

ان ردة أحد الزوجين فسخ للنكاح [3] :

وقال المالكية [4]: ان ردة أحد الزوجين طلاق بائن

وقال المخزومي : ان الفرقة طلاق رجعي .

وقال الماجشون ان الفرقة فسخ .

• • •

---

(١) البدائع ٣٣٧/٢ .

(٢) مغني المحتاج ١٩١/٢ المغني ٥٣٢/٧ الروضة البهية ٩٨/٢ المختصر النافع ٢٠٣ المحلى ١٤٣/١٠ البحر الزخار ٧٠/٣ الدرر البهية ٣٤/٢ - ٢ - المهذب ٥٥/٢ الفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ.

(٣) وقال ابن قدامة في عمدة الحازم ص١٦٨ وكل فرقة جاءت من الزوج كالخلع وانتقاله عن دينه أو من اجنبي فحكمه حكم طلاق .

(٤) الدردير ٣١٦/٢ المواق ٤٧٨/٣ .

الفرع الثاني

اسلام احد الزوجين

لايجوز في الشريعة الاسلامية للمسلمة ان تتزوج غير مسلم بلا خلاف. ولكن يجوز للمسلم ان يتزوج كتابية مسيحية كانت او يهودية مع خلاف في بعض المذاهب. ولا يجوز للمسلم ان يتزوج مجوسية.

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة[1] «ان التنافر بين الاسلام والوثنية شديد لايمكن ان تكون معه في الاحوال العامة عشرة متلائمة متفقة وكيف تتصور عشرة بين زوجين احدهما يتقرب الى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات والثاني يتعبد هذه البقرة انه لايمكن ان تكون عشرة الا اذا كان ثمة استهواء شديد يفسد دينه فيكون التحريم من هنا».

اما الكتابية فانها في لب الفضائل الاجتماعيـــة تلتقي مع المسلم اذ اصول الاديان السماوية في اصلها واحد.

ومن القواعد العامة في هذا الموضوع انه ما لا يجوز ابتداء لايجوز بقاء وعلى هذا وضعت احكام النكاح والطلاق بين مختلفي الديانة.

وفي اسلام احد الزوجين ثلاث حالات اما ان يسلم الزوج او تسلم الزوجة او ان يسلم الزوجان معاً. وستبحث هذه الحالات الثلاث من حيث اثارها على الفرقة بينهما.

---

(١) آثار الزواج محمد ابو زهرة ص ١٣٥.

١) اذا اسلم الزوجان معاً او اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية [١] :

ولم يكن بينهما سبب من اسباب التحريم ، في هذه الحالة يستمر النكاح بين الزوجين، لانهما ان اسلما معا فلا اختلاف بينهما في دين. فإن اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية فهذا يجوز ابتداء اي يجوز للمسلم ان يتزوج كتابية ، وما جاز ابتداء جاز بقاء . ولم يخالف في اسلام زوج الكتابية الا الزيدية على المعتمد عندهم .

جاء في البدائع [٢] : « فان كانا كتابيين فاسلم الزوج فالنكاح بحاله ، لان الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء » .

وجاء في المحرر [٣] : « واذا اسلم الزوجان معا او اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما » .

وجاء في المنهاج [٤] : « اسلم كتابي او غيره وتحته كتابية استمر نكاحه .. ولو اسلما معا دام النكاح » .

وفي شرح الخرشي [٥] : « ان الكافر اذا اسلم وتحته كتابية فانه يقر على نكاحها ترغيبا للاسلام » .

وفي شرح المواق [٦] : « واجمعوا ان الزوجين اذا اسلما في حالة واحدة ان لهما البقاء على النكاح الاول ، الا ان يكون بينهما نسب او رضاع يوجب تحريما » .

---

(١) أما لو كانت زوجته غير كتابيه عرض القاضي الاسلام عليها فإن أبت فرق بينهما على ما ذهب اليه الاحناف. وقال الشافعية والحنابلة تقع الفرقة حالاً إن كان قبل الدخول وإلا ينتظر لانتهاء العدة لعلها تسلم .

(٢) البدائع ٢/٣٣٦ .

(٣) المحرر ٢/٢٨ وفي المغني ٧/٥٣٥ اذا أسلما معاً فهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده . وكذلك في الإنصاف ٨/٢١٠ .

(٤) مغني المحتاج ٣/٦٩١ .

(٥) شرح الخرشي ٣/٦٥ .

(٦) شرح المواق ٣/٤٧٨ .

وفي المختصر النافع [1] : «اذا اسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول او بعده».

وفي الروضة البهية [2] : «ولو اسلما معا يثبت النكاح لانتفاء المقتضي للفسخ».

وفي المحلى [3] : «يفسخ النكاح بعد صحته في حالات منها اختلاف الدينين الا في جهة واحدة وهي ان يسلم الزوج وهي كتابية فانهما يبقيان على نكاحهما واذا اسلما معا فهما على نكاحهما».

وفي المذهب الزيدي رواية جاءت في المجموع [4] : «ماروواه الامام زيد عن علي : في اليهودي تسلم امرأته ، ان اسلما كانا على النكاح وان اسلم هو ولم تسلم امرأته كانا على النكاح [5]».

٢) اما لو اسلمت الزوجة :

اذا اسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم فيجب التفريق بينهما لانه لا يجوز للمسلمة ان تتزوج غير مسلم شرعاً وقانوناً [6] لقوله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا

---

(١) المختصر النافع ص ٢٠٣ .

(٢) الروضة البهية ٢/٩٨ . يذهب بعض فضلاء الكتاب الى أن زواج المسلم بغير المسلمة لا يجوز عند الإمامية وهذا خطأ . مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ س ١ احمد ابراهيم .

(٣) المحلى ٢٠/١٤٣ .

(٤) المجموع ٤/٦٩ .

(٥) وهذا يخالف ما ادعاه صاحب البحر الزخار من أن الاجماع على فسخ النكاح في هذه الحالة . قال في البحر الزخار ٣/٧٠ اذا أسلم أحدهما دون الثاني انفسخ النكاح إجماعاً لقوله عليه السلام : لا تناكح بين أهل ملتين ولعل سبب هذا الاختلاف هو خلافهم حول جواز المسلم بالكتابين .

(٦) يقول الدكتور احمد سلامه ١/٣١٢ وبطبيعة الحال فإذا كانت الزوجة هي التي أسلمت فإن رابطة الزوجية تحل بقوة القانون لأن عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم مسألة من النظام العام .

اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بايمانهم فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن » .

ولم يختلف الفقهاء في هـذا الا انهم قالوا في الوقت الذي تبـين به الزوجة ثلاثة آراء :

١) قال الظاهرية : اذا اسلمت الزوجة وقعت الفرقة بين الزوجين في الحال .

٢) وقال الاحناف يعرض الاسلام على زوجها فان اسلم فهي زوجته وان ابى فرق بينهما .

٣) وفرق الجمهور فيما اذا كان اسلام الزوجة قبل الدخول او بعد الدخول .

٤) وقال الزيدية يفرق بينهما باحد امرين اما يمضي مدة العدة او يعرض الاسلام على الزوج واباؤه .

١ ــ قال الظاهرية :

اذا اسلمت زوجة غير المسلم فالفرقة وقعت بينهما بمجرد اسلامها ولا تحتاج الى عرض الاسلام على زوجها لانه لايجوز بقاؤها تحت غير مسلم .

قال في المحلى[١] : في اسباب فسخ النكاح : ان تسلم وهو كافر كتابي او غير كتابي . وقال ابن حزم بعد ذلك سواء اسلم زوجها اثر اسلامها ام لم يسلم فلا نكاح بينهما الا انه اذا اسلم فله الزواج بعقد جديد ومهر جديد .

٢ ــ اما الاحناف :

فقالوا اذا اسلمت الزوجة عرض الاسلام على زوجها فان اسلم فهي زوجته وان ابى فرق بينهما .

جاء في البدائع[٢] : وان اسلمت المرأة لاتقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا

---

(١) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٢) البدائع ٢/٣٣٦ .

ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان اسلم بقيا على النكاح ، وان ابى الاسلام فرق القاضي بينهما ، لانه لايجوز ان تكون المسلمة تحت الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه .

٣ – وقال الحنابلة والشافعية والمالكية والجعفرية : ان كان اسلام الزوجة قبل الدخول فسخ النكاح في الحال بلا خلاف بينهم .

اما ان كان بعد الدخول فيتوقف حتى مضى العدة فان اسلم الزوج خلالها فهي زوجته وان لم يسلم فرق بينهما [1] ، مع خلاف يسير :

قال الحنابلة : اما اذا كان بعد الدخول فالمذهب انه يعرض الاسلام على الزوج مادامت في العدة وهناك روايتان اختار احداهما الخلال والثانية اختارها ابن تيمية .

جاء في المحرر [2] : وان اسلمت الزوجة .. انفسخ نكاحها اذا لم يكن دخل بها . وان كان اسلام احدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان اسلم الثاني قبل انقضائها بقي نكاحها والا تبينا انفساخه منذ اختلف الدينان . وعنه ينفسخ في الحال كما قبل الدخول .

هذه الرواية الثانية عن احمد اختارها الخلال فقد جاء في مسائل الخلاف التي خالف فيها الخرقي « المسألة ٥٨ » وفيه رواية بتعجيل الفرقه كما لو كان قبل الدخول اختارها ابو بكر وشيخه لانه اختلاف دين فأوجب الفرقة [3] .

---

(١) وحجتهم في هذا أننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون وفي عرض الاسلام على الزوج غير المسلم قد يكون فيه شيء من التعرض لحرية دينه ولهذا فهو بالخيار إن شاء أسلم ويرجع الى زوجته وإن بقي على دينه ومضت العدة بانت امرأته من يوم إسلامها . ولا يجوز أن يقربها في هذه المدة أبداً . اما الآخرون فقالوا ليس في عرض الإسلام أي تعرض لحرية الاديان إنما الغاية الابقاء على الرابطة الزوجية ما أمكن الى ذلك سبيلا .

(٢) المحرر ٢/٢٨ .

(٣) مسائل الخلال ص ٤٧ .

وفي الفروع[1] : واختار شيخنا[2] : فيما اذا اسلمت قبله بقاء النكاح قبل الدخول وبعده مالم تتزوج غيره . والامر في ذلك اليها ولا حكم له عليها ولا حق لها عليه لان الشارع لم يستفصل وهو مصلحة محضة[3] .

هذا الرأي لابن تيميه كما يبدو غريبا لان ترك المرأة بدون زوج على هذا الشكل وترك الخيار لها رأي انفرد به وقد حاولت ان اجد هذا النص في فتاوى ابن تيمية فلم اجده ولكني وجدته في الاختيارات العلمية :

«واذا اسلمت الزوجة والزوج كافر ، ثم اسلم قبل الدخول اوبعد الدخول فالنكاح باق مالم تنكح غيره والامر اليها ولا حكم له عليها ولا حق عليه لان الشارع لم يفعل وهو مصلحة محضة . وكذا ان اسلم قبلها» .

وهذا الرأي قال بمثله صاحب الروض النضير[4] قال بعد ان ذكر جميع الاراء ولكن الذي دل عليه حكمه صلى الله عليه وسلم : ان النكاح موقوف فان اسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته وان انقضت عدتها فلها ان تنكح من شاءت وان احبت انتظرته فان اسلم كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح .

ولا خلاف عند المالكية بان الزوجة تبين من زوجها اذا اسلمت قبل الدخول واما بعد الدخول فيعتبر اسلام الزوج رجعة مادامت في عدة الاستبراء.

جاء في شرح الخرشي[5] : اذا تقدم اسلامها على اسلامه فالحكم انه يقر عليها اذا اسلم في عدتها ، فان انقضت عدتها قبل اسلامه فقد بانت منه .

---

(١) الفروع ٣/٨٢ .
(٢) هو الإمام تقي الدين ابن تيميه .
(٣) الاختيارات الفقية ص ١٣٣ .
(٤) الروض النضير ٤/٦٧
(٥) شرح الخرشي ٣/٦٦ .

وعن ابن القاسم[1] : ان اسلام الزوج رجعة دون احداث رجعة .

وقال الجعفرية في المختصر النافع[2] : ولو اسلمت زوجته دونه انفسخ في الحال ان كان قبل الدخول . ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده .

وقال في الروضة البهية[3] : فان انقضت ولم يسلم تبين انها بانت منه حين اسلامها . وان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح .

هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى .

ولا خلاف في الشافعية ان الزوجة اذا اسلمت بعد الدخول فللزوج الخيار في اسلامه مادامت في عدتها فان اسلم فهي زوجته والا بانت منه وتعتبر الفرقة كما جاء في مغنى المحتاج[4] من يوم اسلام الزوجة .

وقال ابن حجر[5] : «اذا اسلم في العدة يتزوجها» .

وجاء في المهذب[6] : «وان اسلمت المرأة والزوج يهودي او نصراني فان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة فان اسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة» .

اما الزيدية :

فقد سبق ان ذكرنا لهم رواية في مذهبهم بأن الزوجة الكتابية اذا اسلم زوجها فهما على نكاحهما . ولكن المذهب هو انه اذا اسلم احد الزوجين

---

(١) مواهب الجليل ٣/٤٧٨ .

(٢) المختصر النافع ٢٠٣ وراجع في هذا الموضوع تذكرة الفقهاء ٢/٦٦٠ والاستبصار ٣/١٨١ والتهذيب ٢/٢٠٠ والكافي ٢/٣٨ .

(٣) الروضة البهية ٢/٩٨ .

(٤) مغني المحتاج ٣/١٩١ .

(٥) فتح الباري ٩/٣٧٠ .

(٦) ٢/٥٥

الذميين فان الفرقة بينهما لا تقع الا بعد عرض الاسلام على الآخر دون تفرقة بين اسلام الزوجة او اسلام الزوج . أو بمضي مدة العدة على الزوجة .

جاء في التاج المذهب[1] : « وأما الذمية اذا اسلمت هي او اسلم زوجها فان البينونة تقع بينهما باحد امرين :

١) اما بمضي مثل العدة لانها لم تكن عدة حقيقية بل مدة انتظار سواء كانت مدخولة ام غير مدخولة .

٢) او عرض الاسلام على الذي لم يسلم فامتنع فان البينونة تقع بامتناعه ولو لم تمض العدة » .

وقيل انه لا يشترط عرض الاسلام على من لم يسلم من الزوجين .

فقد جاء في الروض النضير[2] : وذهب المؤيد بالله وخرجه للمذهب الى عدم اشتراط العرض لان كون الشرط شرطاً حكم شرعي وصفي لا يثبت الا بدليل شرعي ، وما ذكر من الدليل اجتهاد صحابي لا ينهض بالحجة[3] .

• • •

---

(١) التاج المذهب ٢/٨٠ .

(٢) الروض النضير ٤/٦٩ .

(٣) اجتهاد الصحابي الذي أشار اليه هو اجتهاد عمر لما رواه ابن سيرين : ان نصرانياً اسلمت امرأته فقال عمر إن اسلم فهي امرأته وان لم يسلم فرق بينهما فلم يسلم ففرق بينهما .

الاجتهادات القضائية

الفرقة طلاق وليس بفسخ :

في حكم لمحكمة المنيا[1] :

١) الذمية اذا اسلمت وأبى زوجها الذمي الاسلام بعد عرضه عليه فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة .

٢) التفريق في هذا المقام تطليق لا فسخ وهو طلاق ينقص العدد بحيث لو اسلم لا يملك عليها الا طلقتين .

لا تقع الفرقة بنفس الاسلام :

في حكم لمحكمة القاهرة[2] :

واذا كان اسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه وامتناعه عن الاسلام موجب للفرقة بينهما ، فان الفرقة لا تقع وقت الاسلام ولكن بعده ، لان السبب في الفرقة ليس هو الاسلام وحده وانما السبب فيها امتناع الزوج عن الاسلام وبعد ان تنتهي عدة الزوجة ، لاحتمال اسلام الزوج في اي وقت قبل انتهاء العدة فتظل زوجة له .

أما اذا اسلم الزوج فلا فرقة :

وفي حكم لمحكمة القاهرة[3] : اذا عرضت المحكمة الاسلام على الزوج فقبل اعتناق الدين الاسلامي ونطق بالشهادتين وقرر انه بريء من كل دين يخالف

---

(١) محكمة المنيا الجزئية الشرعية ١٩٥٣/١/٣ .

(٢) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٦/١٢/٢٣ .

(٣) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/٣/١٦ .

الدين الاسلامي لا يكون للزوجة حق في طلب تفريقها منه .

اذا كان الزوج غائباً :

في حكم لمحكمة اللبان الشرعية(١) : يعرض الاسلام على الزوج باسلام زوجته فاذا كان غائباً غيبة منقطعة وتعذر وصول العرض عليه فرق بينهما .

اذا أبى الاسلام فرق بينهما :

جاء في حكم لمحكمة الجمالية(٢) : اذا اسلمت الزوجة عرض الاسلام على الزوج فان اسلم بقيت الزوجية بينهما ، والا فرق بينهما لانه لا يحل لغير المسلم ان يفترش المسلمة ، ولا يصح شرعاً ان تبقى من اسلمت في عصمة زوجها الذي أبى الاسلام ، لافرق في التفريق ان كان قبل الدخول او بعده .

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية(٣) :

المقرر شرعاً ان الزوجين اذا كانا كتابيين في دار الاسلام واسلم احدهما فان اسلم الزوج فالنكاح باق ، وان اسلمت الزوجة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام ، ولكن يعرض الاسلام على الزوج ، فان اسلم بقي النكاح وان أبى فرق بينهما بطلقة بائنة ، سواء أكان ذلك التفريق قبل الدخول او بعده .

---

(١) محكمة اللبان الشرعية ١٣/٤/١٩٤٦ .
(٢) محكمة الجمالية الجزئية ١٨/ /١٩٤٨ .
(٣) محكمة القاهرة الابتدائية /٣/٩/١٩٥٦ .

ما يعتبر به المرء مسلماً

اذا اسلم احد الزوجين فهل للقاضي التدخل لمعرفة سبب إسلامه هل الدافع على ذلك هو التدين ام التلاعب للغش والاحتيال، كما لو أراد التخلص من زوجه ؟.. وبمعنى آخر هل يكتفي القاضي باسلام احد الزوجين في الظواهر الخارجية ام انه يبحث عن البواعث لهذا التغيير.

يرى استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة بعد ان قرر ان الشريعة لا تنظر في الحكم على الشخص بالاسلام الا بالظاهر يقول[1] : ان النطق بالشهادتين يجب الا يقترن بما يدل على التكذيب كأن يعلن شخص اسلامه، وهو لا ينقطع عن شعائر الدين الذي يعلن انه تركه او يعلن اسلامه وهو لا يزال يحمل الصليب فانه في هذه الاحوال وما يشبهها لا يعد مسلما، لان الشهادة القولية قد اقترن بها ما يكذبها.

وانه يجب ان يتنبه القضاء الى ذلك، ويتحققه ان بدرت بوادر تعلن مستور امره وانه يخفي ما لا يبديه.

ونحن وان كنا نوافق استاذنا على ماذهب اليه من انه اذا اقترنت بالشهادة مايدل على البقاء على الدين القديم فلا يعتبر اسلاماً. الا اننا نقول ان هذا قل ان يحدث فالذي يعلن اسلامه لايظهر عليه اي اثر يدل على تمسكه بالدين القديم. وقول استاذنا على القضاء ان يتحقق من ذلك، فاننا نقول ان مايبدو ممن يسلم من بوادر عوده الى دينه القديم هو امر طارىء بعد اعلان اسلامه.

ويقول الاستاذ حلمي بطرس في كتاب الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين[2] :

---

(١) الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص ١٠٠ .

(٢) الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٥٣ .

والواقع ان من يغير ديانته بديانة اخرى لمجرد التخلص من التزاماته التي كان قد ارتضاها بمحض اختياره لايعتنق الديانة الجديدة ، انما يتظاهر بذلك غشاً وكذباً للتحايل على اهدار الحقوق المكتسبة للطرف الاخر .

واقراره على تصرفه في هـذه الحالة ، معنـاه تشجيع الغش ومعاونة المتلاعبين بالاديان على التهرب من قانونهم الطبيعي الذي قصد المشرع ان تحكم به تصرفاتهم .

هذا يدل على ان قصد المؤلف ان يبحث القاضي في اسلام من يغير ديانته لمعرفة سبب ذلك منعاً للاحتيال . وكأنه يفترض ان كل من يغير دينه لايقصد الا التهرب من حقوق مكتسبه للطرف الاخر .

وقد حاولت اللجنة الفرعية المكلفة بوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية لغير المسلمين وضع مادة بهذا المعنى جاء فيها : لايكون لتغيير احـد الزوجين ديانته غشاً اثناء قيام الزوجية اثر على الزواج ولا على الحقوق والالتزامات المترتبة عليه .

على ان اللجنة العامة للاحوال الشخصية حذفتها وكانت موضع نقد شديد من رجال القانون .

وقال الدكتور احمد سلامه(١) : بعد ان انتقد هذه المادة : وقد يهون الامر اذا كان من اعتنق الاسلام هو الزوج ولكن ماذا يكون عليه القول لو أن التي اسلمت هي الزوجة ، هل تبقى زوجة لغير المسلم مع ان قواعد الشريعة الاسلامية ، التي تصل الى مرتبة النظام العام في هذا الصدد توجب التفريق بينهما .

. . .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور احمد سلامة ١/ ٢٧٠

ونحن نقرر ان اسلام الشخص لايجوز لاي فرد ان يتدخل فيه لانه امر نفساني وعلى القاضي الحكم بالظاهر لابما يخفى عليه .

وهذا ما دلت عليه نصوص الفقهاء واجتهادات المحاكم[1] .

فقد جاء في فتاوى الرملي[2] : سئل هل يشترط في اسلام المرتد التلفظ بالشهادتين لظاهر حديث بني الاسلام على خمس وغيره .

فأجاب : اذا ادعى على شخص انه ارتد وهو ينكر لم اكشف عن حقيقة حاله بل اقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمداً رسول الله وان تبرأ من كل دين يخالف الاسلام .

وافتى السبكي : بأن من تلفظ بالكفر ثم جاء القاضي وتلفظ بالشهادتين كان له الحكم باسلامه من غير ان يبين له ماصدر منه .

وفي الفتاوى الحامدية[3] : هل تكفى الشهادتان ام لابد من التبرىء من كل دين غير الاسلام ؟ ..

جاء في الدر المختار وفتاوى ابن نجيم وافتى التمرتاشي بأنه يحكم باسلامه اذا تلفظ بالشهادتين وان لم يتبرأ ولم يتابع .

وجاء في شرح الدواني على العقائد العضدية[4] .

التلفظ بالشهادتين شرط لاجراء الاحكام في الدنيا فلابد من التلفظ علانية وعند الحكام .

---

(١) جاء في فتاوي الرملي ٤/٤ : والمذهب الذي قطع به الجمهور أن كلمتي الشهادة لابد منها ولا يحصل الاسلام إلا بها ومن أتى الشهادتين بكلمة تخالف معتقده حكم باسلامه فاذا قال لا إله إلا الله جعل مسلماً وعرض عليه شهادة الرسالة . فان أنكر صار مرتداً . واليهودي إذا قال محمد رسول الله حكم باسلامه .

(٢) فتاوي الرملي ٤/٢٠ .

(٣) الفتاوي الحامدية ١/١٠٠ .

(٤) شرح الدواني على العقائد العضدية الطبعة الاولى ١٣٢٢ المطبعة الخيرية وحاشية الشيخ محمد عبده .

وقال : ولما كان التصديق امراً مبطناً اعتبر معه ما يدل عليه وهو التصديق اللساني في الاقرار .

وقال الغزالي في احياء علوم الدين[1] الدرجة السادسة ان يقول بلسانه لا اله الا الله محمد رسول الله ولكن لم يصدق بقلبه فلانشك في ان هذا في حكم الاخرة من الكفار وانه مخلد في النار ولا نشك في انه في حكم الدنيا الذي يتعلق بالائمة والولاة من المسلمين لان قلبه لايطلع عليه .

وفي التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية[2] :

ولهذا كان الاسلام شهادة ان لا اله الا الله وهي متضمنة عبادة الله وحده وترك عبادة ما سواه .

هذه نصوص مختلفة من كتب الفقه والفتاوى والعقائد تثبت على انه ليس للقاضي البحث وراء نية المرء اذا ما اعلن اسلامه ، فالشهادة تكفي لاعلان الاسلام والله سبحانه وتعالى هو الذي يطلع على ماوراء ذلك .

وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية[3] :

الاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لاية جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية فقط .

فاذا ماغير شخص دينه او مذهبه رسمياً فانه من وقت هذا التغيير لايعتبر خاضعاً الا لاحكام الدين او المذهب الجديد .

ولا ينبغي للقضاء ايا كانت جهته ان ينظر الا في توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين او المذهب الجديد . واذن فلا يصح التحدي

---

(١) الاحياء ١/١٠٧ طبعة عيسى البابي .

(٢) التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية ص ٩ المطبعة الخيرية .

(٣) محكمة النقض المصرية ٣/١٢/١٩٣٦ المجموعة القانونية ص ١١٨ ج ١

من أحد الزوجين قبل الاخر بان له حقا مكتسبا في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج الاخر مذهبه .

وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[1] :

لايجوز البحث عن الباعث على اعتناق الدين الجديد وفي هذه الحالة تتحدد الجهة القضائية وفق الديانة الجديدة ذلك لان الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة ولا يمكن لاي جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر والاجراءات الرسمية التي يتطلبها القانون بتغيير الديانة او المذهب ومن يعتنق ديناً معيناً لا يسأل عن الباعث له على اعتناقه وتترتب الاثار الخاصة بتغيير الدين من وقت وقوعه بصرف النظر عن وجود التحايل او عدم وجوده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية[2] :

١) الاعتقاد الديني مسألة نفسية بحتة فمتى غير الانسان دينه او مذهبه فلا يخضع من وقت التغيير الا لاحكام هذا الدين او المذهب الجديد ولايمكن لاية سلطة قضائية البحث فيها الا من جهة توافر المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناقه هذا الدين او المذهب الجديد .

٢) ليس للمحكمه ان تبحث وراء الباعث له على سلوكه هذا المسلك .

٣) بمجرد اعتناق الشخص للاسلام يعطي احكامه ولا يقبل فيه الدفع بالصورية او الغش او التدليس .

وهكذا فان القضاء قد استقر في مصر على عدم البحث عن الباعث على تغيير دين احد الزوجين الى الاسلام . لان الاسلام قضية اعتقاد وايمان بالقلب والقاضي يحكم بالظاهر الذي يعتبر دليلاً على الباطن .

. . .

---

(١) محكمة القاهرة الإبتدائية ٢٧/١٠/١٩٥٧ صالح حنفي ٢/٢١٦ .

(٢) محكمة الاسكندرية الإبتدائية الشرعيـة ٩ رجب ١٣٥٧ في ٤ سبتمبر ١٩٣٨ المحاماة س ١ع ٢ .

ماذا وراء البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين؟..

يقول انصار مشروع قانون الاحوال الشخصية الذين نصوا على وجوب البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين قبل حذف المادة المذكورة أن تغيير دين احد الزوجين لايكون غالباً ، الا للتخلص من الحياة الزوجية ، فاذا اسلم الزوج او الزوجة سرعان مايطلق الزوج زوجته او تنفصل الزوجة عن زوجها بحكم القانون ، فيعود كل منهما الى دينه ، فهذا دليل على الغش والاحتيال والتلاعب بالاديان .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ان الزوج الاخر الذي بقى على دينه يتضرر من ذلك كما لو اسلم الزوج ولم يطلق زوجته . مثلا ، فأي ضرر أكبر من ان تعيش مسيحية تحت مسلم يختلف عنها في التفكير والعقيدة .

فأمامنا اذن امران :

١) الحيلولة دون الغش والاحتيال في اسلام احد الزوجين .

٢) رفع الضرر عن الزوج الاخر الذي بقي على دينه .

لنرى اذن علاج هذين الامرين في الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون العام للاحوال الشخصية ، وانها القانون الواجب التطبيق في حال اختلاف دين الزوجين .

اولاً ـ الامر الاول

فقد تكفلت الشريعة الاسلامية بعلاجه علاجا حكيما يقضي فيه على التلاعب والتدليس ، وهو ان من يسلم ثم يتبين ان اسلامه لم يكن عن عقيدة ورجع الى دينه ، يعتبر مرتداً تطبق عليه احكام المرتدين فيقتل ان لم يتب ولا يورث ولايرث وتبطل جميع تصرفاته . واذا كنا اليوم لانملك حد القتل باعتبار

خضوعه لقانون اجنبي عن الشريعة الاسلامية فنستطيع ان نطبق عليه احكام الاحوال الشخصية التي تخضع للشريعة الاسلامية فنبطل كل تصرفاته من زواج وطلاق وميراث ووصية .

وهكذا نجد ان العقوبة الفعالة التي تجعل احد الزوجين يفكر حينما يغير دينه : هل هذا التغيير عن عقيدة وايمان فيقدم ام انه للاحتيال والغش والتدليس ، وانه اذا عاد الى دينه فستطبق عليه احكام المرتد فيحجم حينئذ .

فماذا يريد انصار هذا الرأي اكثر من هذا ؟ . . اللهم الا اذا كانوا لا يريدون ان يغير احد من الناس دينه ، ان في هذا ضمان لسوء النية في اسلام احد الزوجين .

واني انقل هنا بعض ما كتبه فضيلة الاستاذ المرحوم الشيخ احمد ابراهيم[1] في احكام المرتدين :

اذا تزوج مسيحي مسيحية مثلا ثم اسلم الزوج وطلق زوجته المسيحية ، ثم تزوج باخرى مسلمة ثم بدا له ان يعود مسيحيا كما كان فان صنيعه هذا يعتبر في نظر الشريعة الاسلامية ردة منه على الاسلام الذي اختاره دينا له ، سواء أكان جادا في اختياره أم هازلا ، وعلى ذلك تبين منه زوجته المسلمة ، وترثه اذا مات وهي في العدة ، ولا يجوز له ان يتزوج بعد ذلك بأية امرأة كانت ، لا مسلمة ولا كتابية ولا ذات دين آخر ، ولا مرتدة لانه اصبح لا ملة له في اعتبار الشرع الاسلامي .

وكذلك غير المسلمة سواء أكانت كتابية ام غير كتابية اذا اسلمت ثم رجعت عن الاسلام فانها تعتبر مرتدة لا ملة لها تقر عليها ، فلا يجوز لها ان تتزوج بأي انسان كان .

. . .

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى العدد الاول ص ١٦ .

وها اني أورد مجموعة من احكام المرتدين حكم بها القضاء المصري امثلة على ذلك :

جاء في حكم لمحكمة المنصورة[1] :

النصوص الشرعية مجمعة على ان المرتدة لا دين لها وان عقد زواجها باطل لا يترتب عليه أي اثر من اثار الزوجية ويجب عليها ان تفترق عمن تزوجها والا فرق بينهما القاضي .

وفي حكم آخر لمحكمة القاهرة الابتدائية[2] :

المتفق عليه شرعا ان المرتد لا يرث غيره اطلاقا سوا كان والده أو غير والده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية[3] :

اذا طلب الزوج المسيحي الحكم بطلاق زوجته التي كانت مسلمة وارتدت فطلبه لا يلتفت اليه شرعا اذ لا عقد ولا نكاح بينهما ، لان ما تم بينهما وقع والزوجة مرتدة ، والردة منافية للنكاح والطلاق رافع له ، وكل ما تملكه المحكمة ويجب عليها عمله هو الحيلولة بينهما لان معاشرتهما لا تقرها الشريعة الاسلامية .

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[4] :

اذا عقد الزوج وكان مسلماً ثم رجع عن الدين الاسلامي بعد ذلك واعتبر بذلك مرتداً فتجري عليه احكام الردة في الشريعة الاسلامية ومن مؤداها

---

(١) استئناف المنصورة دائرة الزقازيق ١٩٥٨/٥/٢٨ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٢/١٨ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٦/١٠/٧ .

(٤) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/١١/٢٣ .

الفسخ العاجل لعقد زواجه بلا قضاء للطلاق الصادر منه لانه صدر في وقت لا يملك صاحبه فيه اصداره وبذلك يكون طلب الزوجة للطلاق في محله وكذا الحكم لها بمنع تعرض الزوج لها في امور الزوجية ويتعين لها الحكم بذلك من تاريخ ارتداده .

وفي حكم أيضاً لمحكمة القاهرة الابتدائية [1] :

قالت فيه أن زواج المرتدة يقع باطلاً شرعاً .

وفي حكم لمحكمة طنطا [2] : المرتد لا دين له وزواجه باطل شرعاً ولو بمرتدة مثله .

وأما الامر الثاني : وهو عدم الحاق الضرر بالزوج الآخر الذي بقي على دينه والضرر غالباً ما يلحق بالزوجة اكثر من الزوج فاذا ما اسلم الزوج ، ولم يطلق زوجته فاننا نرى أن لها الحق في ان تطلب التطليق من القاضي حسب احكام الشريعة الاسلامية .

ولقد اطلعت في هذا الموضوع على ثلاثة آراء :

الرأي الاول :

ان الزوجة ان تطلب التطليق للضرر الذي يصيبها من تغيير دين زوجها حسب احكام الشريعة الاسلامية اذا ما حاول الزوج التأثير عليها .

يقول الدكتور اهاب اسماعيل [3] : في الحالة التي يغير الشخص فيها ديانته ثم يبدأ في التأثير على زوجته لكي تغير من دينها بطريقة تأباها حريتها نستطيع

---

(١) محكمة القاهرة الإبتدائية ٢٧/٤/١٩٥٨ وجاء في حاشية ابن عابدين ٢/٤٠٧ ولا يصح أن ينكح مرتد أو مرتدة أحد من الناس مطلقاً .

(٢) محكمة طنطا الجزئية الشرعية ٢٧ ذي القعدة ١٣٥٠ في ٣ ابريل ١٩٣٢ .

(٣) اهاب اسماعيل ص ٢٤٠ – ٢٤٢ .

أن نعتبر مثل هذا الامر ضرراً يلحقه الزوج بزوجته تتعذر معه العشرة بالنسبة لامثالها) وهذا كله يتم طبقاً للشريعة الاسلامية .

الرأي الثاني :

للزوجة ان تطلب التطليق بناء على احكام شريعتها للنفور والضرر الناشيء المتولد عن اسلام زوجها .

يقول الاستاذان نمر وحبشي[1] : معاشرة الزوجة المسيحية لزوجها المسلم في هذه الحالة تصطدم مع عقيدتها الدينية اذ ان اعتقادها بانه على خلاف في عقيدته يؤدي الى النفور منه والى تحذير الاولاد من اتباعه فيحل الشقاق والبغضاء بينهما محل المحبة والسلام وبذلك يتحقق الضرر .

الرأي الثالث :

لا يرى في اسلام الزوج ضرراً على الزوجة ولو حاول الزوج فرض الاسلام على زوجته وفق احكام الشريعة الاسلامية .

يقول الدكتور شفيق شحاته[2] : « وقد ذهب رأي الى انه يجوز الحكم بالتطليق اذا ارتد احد الزوجين عن المسيحية بعد قيام الزوجية ولو كان ارتداده الى الاسلام تطبيقاً لحكم المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي يجيز للزوجة « اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها » .

ولكنا نرى ان في هذا التخريج تحميلا للنص اكثر مما يحتمل ، فالضرر الناشيء عن محاولة الزوج فرض الاسلام على زوجته ، ضرر في نظر الشريعة المسيحية ، وهو ليس كذلك في نظر الشريعة الاسلامية ؛ والفرض ان القاضي يطبق احكام الشريعة الاسلامية .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين نمر وحبشي ص ٣٢٨.

(٢) الاحول الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ٤/ ٩٠ .

رأينا في الموضوع

ان القانون الذي يطبق في هذه الحالة هو الشريعة الاسلامية لاختلاف دين الخصوم والشريعة الاسلامية تعترف بالضرر الناشيء عن اسلام احد الزوجين بالنسبة للآخر ، فإذا ما قام الزوج بمحاولات لحمل زوجته على تغير دينها ونشأ عن ذلك شقاق ونزاع وضرر فللزوجة ان تطلب التطليق للشقاق والضرر لا لتغيير الدين ، لانه قد يحدث العكس اي يسلم الزوج ويبقى مع زوجته دون ان يحاول فرض رأي او عقيدة او مبدأ معين على زوجته فأي ضرر بهذا؟.

غير اننا نرى تمشياً مع المصلحة الزوجية وخاصة مصلحة الاولاد ان تطلب الزوجة التطليق اخذا من الشريعة الاسلامية نفسها ـ فقد قال جمهور الزيدية : اذا اسلم احد الزوجين انفسخ النكاح بينهما[1] :

وفي هذا الحل ضمان لمصلحة الزوجين والاولاد لان الامر في حال تغيير الدين اثناء الزوجية يختلف عنه في حال التعاقد على الزواج. لانه وان كان يصح زواج المسلم بالكتابية ولكن هذا مبني على الرضا التام من الزوجين بدين كل منهما اما طروء تغير الدين اثناء الزواج ، فالامر فيه يختلف .

وعلى هذا فللزوجة اذا ما أسلم زوجها ان تطلب التطليق من القاضي وعليه ان يجيبها الى ذلك .

• • •

ومما تقدم يتبين لنا انه لايجوز للقاضي التدخل لمعرفة الباعث على سبب تغيير احد الزوجين دينه سواء كان لنية حسنة ام كان للغش والاحتيال .

وان لنا من نظام المرتد في الشريعة الاسلامية مايحول دون التلاعب بالاديان والتغيير من دين الى دين وذلك بتطبيق العقوبات المقررة على المرتد من حرمانه من الميراث والزواج والطلاق الى آخر ماهنالك من احكام زاجرة

---

(١) البحر الزخار ٣/٧٠ .

تجعل الشخص حين يقدم على تغيير دينه يفكر طويلا بالنتائج التي سوف تترتب على عمله .

وقد رأينا المحاكم كيف تسير في احكام المرتدين ولهذا فاننا نرفع صوتنا مطالبين بعدم الاستجابة لتلك المطاليب التي تريد ان تجعل من القاضي مشرفا على قلب المرء لتعرف هل اسلامه عن نية حسنة ام عن غش واحتيال .

كما نعطى للزوجة التي تقيم على دينها فيما لو اسلم زوجها حق طلب التطليق حسب احكام قواعد الشريعة الاسلامية اخذا من المذهب الزيدي الذي لا يجيز جمهورهم نكاح الكتابية ويفسخون عقد الزواج فيما لو طرأ تغيير دين احد الزوجين اثناء الحياة الزوجية .

ولا يجوز في رأينا جعل اساس هذا التفريق الضرر لان اسلام الزوج لا يعتبر ضررا بالزوجة في دولة دينها الرسمي هو الاسلام .

المبحث الثاني

اثر تغيير الدين في اليهودية و المسيحية

الفرع الأول

اثر تغيير الدين في اليهودية على الزواج :

يشترط لصحة الزواج في شريعة اليهود ان يكون الزوجان من دين واحد ومذهب واحد فان اختلفا ديناً أو مذهباً فالعقد باطل .

ومصدر ذلك ما جاء في الآية الثالثة من الاصحاح السابع من سفر تثنية الاشتراع :« ولا تصاهرهم . بنتك لا تعط لابنه وبنته لا تأخذ لابنك » .

جاء في المادة ١٧ من كتاب الاحوال الشخصية لطائفة الربانيين : الدين والمذهب شرط لصحة العقد فاذا كان احد الاثنين من غير الدين او من مذهب اخر فلا يجوز العقد بينهما والا كان باطلا .

اما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الزواج كأن يسلم احد الزوجين او يتنصر فالفرقة تقع بينهما بمجرد الردة عند طائفة القرائين . اما عند الربانيين فلا بد من الطلاق والعقد قائم ما لم يطلق الزوج .

جاء في شعار الخضر للقرائين[1] : المرتد زوجها حل للكل بلا طلاق .

ونصت المادة ٣٢٣ للربانيين : اذا اعتنق احد المتعاقدين ملة اخرى فلا يزال عقدهما قائماً حتى يحصل الطلاق .

---

(١) شعار الخضر ص ٨٨ .

الفرع الثاني

اثر تغيير الدين في المسيحية على عقد الزواج

الاقباط الارثوذكس

لا يجوز الزواج مع اختلاف الدين حب ما جاء في قوانين ابن لقلق حيث نص على ان لا يتزوج مؤمن بغير مؤمنة[١] .

غير ان ابن العسال شرح الامر اكثر وضوحاً فقال: « الرجل المؤمن ان يتزوج بغير المؤمنات بشرط دخول الزوجة في الايمان . فاما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين عن الايمان لئلا ينقلوهن الى مذاهبهم ويخرجوهن من الايمان[٢] » .

وجاء في الخلاصة القانونية[٣] : « واما الاسباب الاخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله وهي ثلاثة : عدم النصرانية . وزنا المرأة المشتهر المحقق . والارتباط بشكل الرهبنة » .

ونصت المادة ٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ ، للاقباط الارثوذكس : لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الارثوكسية الا بين مسيحيين ارثوذكسيين .

---

(١) ملحق المجموع الصفوي ص ٤٤١ .

(٢) المادة ٩٦ من المجموع الصفوي .

(٣) الخلاصة القانونية ص ٢٤ .

وفي هذا يقول الاستاذ حلمي بطرس[1] : « من القواعد المقررة في القانون الكنسي لجميع المذاهب المسيحية انزواج الشخص المسيحي بشخص غير مسيحي باطل مطلقاً » .

ولكن الدكتور شفيق شحاته يقول بعد ان أورد نصوص ابن لقلق وابن العسال السابقة :

« ويتضح من هذه النصوص ان المانع يقوم في الشريعة القبطية عندما يكون الزوج غير مؤمن، وهو لا يقوم اذا كان غير المؤمن هو الزوجة[2] » .

هذا اذا كان اختلاف الدين حين عقد الزواج ، أما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الزواج فقد قال ابن العسال[3] :

وان كان اخ له امرأة ليست بمؤمنة وهي تحب ان تقيم معه فلا يتركها ، وان كانت امرأة من اهل الايمان لها زوج غير مؤمن ويحب الرجل ان يقيم معها فلا تفارق بعلها فان الرجل الذي لا يؤمن يطهر بالمرأة المؤمنة والمرأة التي لا تؤمن تطهر بالرجل ... فان أراد الذي لا يؤمن منهما الفرقة فليفارقه صاحبه » .

وجاء في المادة ٥١ من قانون ١٩٣٨ : اذا خرج احد الزوجين عن الديانة المسيحية وانقطع الامل من رجوعه اليها جاز للزوج الآخر طلب الطلاق » .

أما مجموعة ١٩٥٥ - للاقباط الارثوذكس فقد خالفت ذلك ، اذ نصت في المادة ٤٩ :

« ينفسخ الزواج اذا خرج احد الزوجين عن الدين المسيحي » .

ويعلق الاستاذ تادرس ميخائيل على ذلك بقوله[4] :

---

(١) الاحوال الشخصية حلمي بطرس ٢١١ .

(٢) شفيق شحاته ٤/٧٥ .

(٣) المجموع الصفوي م ٩٩ .

(٤) الاحوال الشخصية تادرس ميخائيل ص ١٠٢ .

« وهذا مبني على ما يعتقده المسيحيون من ان الزواج سر مقدس فاذا خرج الزوج عن دينه اصبح الآخر مهدداً لا في عقيدته فحسب بل وفي كيان الزوجية[1] ».

. . .

الروم الارثوذكس

وكذلك جاء في المادة ١٤ للروم الارثوذكس : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق في حالة ارتداد احد الزوجين عن الديانة المسيحية .

الارمن الاوثوذكس

جاء في المادة ٤٢ من قانونهم : يجوز لاحد الزوجين ان يطلب الطلاق اذا ارتد الزوج الآخر عن دينه .

ومن هذه المواد نلاحظ إن التفريق بين الزوجين لتغيير دين احدهما هو امر اختياري بالنسبة لمن بقي على دينه فان شاء الرضا بما حصل فالزواج باق والا فله حق طلب التطليق .

. . .

التحول من مذهب لآخر

اذا تحول المسيحي من مذهب الى مذهب آخر فلا ينفسخ النكاح عند الاقباط الاوثوذكس . اما عند الكاثوليك فيعتبر من اسباب الانفصال الجثماني حسب ما جاء في القانون ١٢٠ من الارادة الرسولية .

---

(١) جاء في كتاب اسرار الكنيسة السبعة ١٩٠٩ : قال بولس الرسول : أيها الرجال احبوا نساءكم كما أحب المسيح ايضاً الكنيسة - وعلى هذا المعنى يكون الزواج سراً عظيماً .

البروتستانت

ونصت المادة ١٨ من قانون البروتستانت على انه لا يجوز الطلاق الا في حالتين :

١) زنا احد الزوجين .

٢) اذا اعتنق احد الزوجين ديانة اخرى غير الديانة المسيحية ، وطلب الزوج الآخر الطلاق .

ونصت المادة ١٩ : لا يحكم بالطلاق الا لصالح الزوج الذي بقي على دينه .

* * *

وقبل ان اختم بحثي فاني اضع بين يدي القاريء الكريم هذا الملحق لأبين فيه نسبة الطلاق وما يشاع حولها ، وماهي حقيقة الأمر ، وهل صحيح الطلاق مدرسة للمشردين فتزداد نسبة التشرد بازدياد حوادث الطلاق ؟..

في الجمهورية العربية المتحدة

عدد المتزوجين والمطلقين

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٨	٢٢٨٠١٨	٦٠٠٤٤
عام ١٩٥٩	٢٢٠٥٥٧	٦٠٧٧٥

وسندرس اسباب الطلاق بالنظر الى اعتبارات عدة :

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

عام	اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة	اسباب مشتركة
١٩٥٨	٢٠٤٩٨	٩٩٦٠	٢٩٥٨٦
١٩٥٩	٢٠٤٤٦	٩٣٠٣	٣١٠٢٦

اي ان عـــدد حوادث الطلاق التي تسبب بها الزوج في عام ١٩٥٨ هي ٢٠٢٩٨ من اصل عدد المتزوجين لنفس العام ٢٢٨٠١٨ وفي عام ١٩٥٩ هي ٢٠٤٤٦ من اصل ٢٢٩٥٥٧ .

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	عدد المطلقين	النسبة المئوية	عام ١٩٥٩	عدد المطلقين	النسبة المئوية
لا اولاد	٤٣٧٧٤	٧٢,٩		٤٤٠٣٣	٧٢,٥
ولد واحد	٩٥٢٧	١٥,٩		٩٥٠٤	١٥,٦
ولدان	٣٥٨٤	٦		٣٨٠٢	٦,١
ثلاثة اولاد	١٧٦٦	٢,٩		١٨٨٩	٣,١
اربعة اولاد	٧٨٥	١,٣		٨٦٤	١,٤
خمسة اولاد	٣٥٨	٠,٦		٣٨٠	٠,٦

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٩	العـــدد	النسبة المئوية	عام ١٩٥٨	العـــدد	النسبة المئوية
عدد الطلاق خلال شهور من الزواج	١٥٧١٩	٢٦,٣		١٦٥٢٥	٢٧,٢
خلال سنة	١٠٧٣٣	٢٦,٣		١٩٨٨٩	١٧,٩
خلال سنتين	٧٥٤٧	١٢,٦		٧٣٩٦	١٢,٢
ثلاث سنين	٥٣٠١	٨,٨		٥٠١٣	٨,٣
اربع سنوات	٣٨١٩	٦,٤		٣٨٣١	٦,٣
خمس سنوات	٢٨٢٨	٤,٧		٢٨٢٦	٤,٦

بالنظر الى عدد المطلقين في العاصمة وبقية المدن

عام ١٩٥١	عدد المتزوجين	حوادث الطلاق	النسبة
القاهرة	٣٢٨٩٥	١٤٥٧٣	٤٥ ٪
الاسكندرية	١٣٥٨١	٥٠٩٨	٣١ ٪
البحيرة	١٧٠٣١	٢٦٥٥	١٥ ٪
اسيوط	١٧٨٨٠	٣٤٤٦	١٨ ٪

الجمهورية العربية السورية

عدد المتزوجين والمطلقين

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٧	٣٠٥٢٤	٢٢٤٨
عام ١٩٥٨	٣٧٥٩٦	٢٨٤٩

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

	اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة
عام ١٩٥٨	٢٣٩٤	٤٥٥

بالنظر الى مهنة الزوج

عام ١٩٥٨	عدد المطلقين من العمال	١٤٦٨
	من الموظفين	٤٠٥
	من التجار	١١١
	مهن حرة	٥٣٣
	من الملاك	٢٣٢

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	لا اولاد المطلقين	١٨٨٩
	ولد واحد	٤٦٣
	ولدان	٢٢٢
	ثلاثة اولاد	١١٨
	اربعة اولاد	٨٧
	٥ فأكثر	٦٠

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٨	مدة الزواج اقل من سنة	عدد حوادث الطلاق
		٢٦٢
	١ - ٢	٧٢٢
	٣ - ٤	٤٦٤
	٥ - ٩	٥٣٧

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

	عدد المطلقين	من اصل متزوج
مدينة دمشق	١١٦٨	٦١٥٩
محافظة دمشق	٣٣٦	٤٦٦٤
حمص	٢٣٦	٢٦١٤
حماه	١٢٤	٢٢٨٨٥
حلب	٦٥٤	١١١٥٧
الحسكة	١٤	١٢٩٨
السويداء	١٧٠	١٥٧٥
درعا	٦٠	٢٧٠٥

المملكة الاردنية الهاشمية

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٦	١٣٢١٦	١٩١٥
عام ١٩٥٧	١٦٩٩٣	١٨٢٥

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٧	عدد المطلقين من لهم اولاد	١٥٤
	عدد المطلقين من ليس لهم اولاد	١٦٧١

بالنظر الى مدة الزواج

		عدد حوادث الطلاق
عام ١٩٥٧	مدة الزواج اقل من سنة	٢٨٢
	١ — ٤	٢٨٠
	٥ — ٩	٣٢٣

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

	عدد المطلقين	من اصل متزوج
محافظة العاصمة	٥٠٣	٢٦٦٢
البلقاء	١١١	٩٧٧
عجلون	٣٣٦	٣٦٤٣
الكرك	١٠٨	٦٧٥
معان	٢٩	١٢٨
القدس	٤٠٢	٣٧٨٣
نابلس	٢٢٧	٤١١١
الخليل	١٠٩	١٥٩٠

* * *

ملاحظات واقتراحات

١ - يلاحظ ان نسبة الطلاق في مصر اعلى نسبة من أي بلد آخر . وسبب ذلك في رأيي لايعود الى نظام الطلاق لانه تشريع موحد تقريباً في جميع البلاد العربية ، فلو كانت هذه النسبة موجودة في جميع البلدان العربية لقلنا ان سبب انتشار حوادث الطلاق يعود الى التشريع نفسه ، أما وأن الامر على خلاف ذلك فيجب ان نبحث عن اسباب هذه الزيادة الفاحشة في مصر وحدها لنعرف اسباب ذلك .

٢ - ان اسباب الطلاق قد تعود الى الزوج أو الزوجة أو كليهما، فالزوج حين يتسبب بالطلاق أو يطلق هو المسؤول في هذه الحالة فقط ، أما الطلاق بناء على طلب المرأة أو بناء على اتفاق الزوجين فلا يرى عليه أي نقد طالما ان الامر تم باذن القاضي وبحكمه ، او باتفاق الزوجين .

وفي رأيي أن مايوجه اليوم من نقد الى الطلاق فيجب أن يكون محصوراً في دائرة الطلاق بارادة الرجل المنفردة ، وهذا قليل جداً اذ يكاد لايتجاوز ٥٪ من عدد المتزوجين .

وهذا العدد من المطلقين يشمل المطلقات قبل الدخول وهذا لا ضرر فيه كما يشمل الطلاق الرجعي حيث يراجع الزوج زوجته .

وقد اجرى احصاء في دائرة احدى محاكم الاحوال الشخصية في القاهرة وهي مصر القديمة اكبر المناطق التي يكثر فيها الطلاق لكثرة العمال فيها، فتبين من الاحصاء انه اذا انزل من عدد الطلاق عدد الطلاق قبل الدخول وعدد الرجعات وعدد الزواج المستأنف بين رجل وامرأة كانا قد افترقا في الطلاق فتبين ان الباقي لايتجاوز ٪ ٢ من وقائع الزواج [١] .

---

(١) تنظيم الاسلام للمجتمع محمد ابو زهرة .

٣ ـ وأما بالنظر الى أولاد المطلقين ، فيلاحظ أن معظم حوادث الطلاق بمن ليس لهم اولاد وان نسبة الطلاق تنخفض كلما زاد عدد الاولاد .

حتى يمكن القول كما يدل الاحصاء على ان ٪٧٥ من المطلقين من لا أولاد لهم وهذا يدلنا على امرين :

١) وجود سبب للطلاق وهو عدم انجاب الاولاد .

٢) الرد على من يقول ان الطلاق من اسباب التشرد للاطفال ، وهنا كان بودي ان أتمم هذا البحث بدراسة مفصلة عن المشردين وجرائمهم وان معظم من فقدوا آباءهم وامهاتهم واقل نسبة من المشردين هي من كان من ابوين مطلقين[١].

إذن فالطلاق ليس مصنعاً للتشريد ، ومن اراد أن يهتم بدراسة المجتمع فليبحث عن اسباب التشرد من سوء الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية فلا دخل للطلاق في ذلك[٢].

---

(١) علم الاجتماع الجنائي للدكتور حسن الساعاتي ص ١٠٩ .

(٢) بعد ان اعددت بحثاً عن الطلاق وعدم صلته بالتشرد خشيت الخروج عن وحدة موضوعي فحذفته والرسالة تحت الطبع .

ولا بد لي من ان اشير الى ان الدراسات السطحية هي التي تقرر ان الطلاق يؤدي الى التشرد ولكن الدراسات الصحيحة العميقة التي تستند الى الاحصاءات الرسمية تدلنا على ان نسبة المشردين من اباء او امهات مكافين نسبة ضئيلة جداً ، بل ان هذه النسبة ترتفع في اوربا نتيجة الانفصال الجسماني في بلاد تحرم الطلاق .

ان في نظام الاسلام من رعاية لحقوق الاطفال من اوليائهم ومن اقربائهم ما يحول دون التشرد . ومن عرف نظام الولاية على النفس ونظام النفقات في الفقه الاسلامي يدرك تماماً عناية المشرع الاسلامي في حفظ كيان الاسرة وخاصة حقوق الاطفال .

ومما يؤكد ذلك قلة عدد حوادث المشردين في القرى والريف نظراً لترابط الاسرة وقيام كل فرد بواجبه نحو الاخر وتدل الاحصاءات على ان نصف عدد المشردين من أسر غير مفككة اي مع وجود ابوين للتشرد .

واما التشرد في الاسر المفككة فردها عوامل كثيرة منها وفاة الوالدين او احدهما ، او في حال غيبة احد الوالدين او سجنه او مرضه ، وفي كثير من الحالات ينشأ التشرد بسبب الفقر او الشقاق والخلاف الناشيء بين الابوين كاينشأ عن الطلاق ايضاً =

٤ ـ أن نسبة الطلاق ترتفع في المدن عنها في الريف ، وهذا مانلاحظه من حوادث الطلاق في العاصمة فانها نسبة هائلة بينما تنخفض في المدن الصغيرة البعيدة عن صخب المدنية وضوضاء الحضارة .

٥ ـ تختلف نسب الطلاق باختلاف المستوى المهني والاجتماعي والثقافي ، فهي لدى العمال مثلاً اكثر من غيرهم ، كما انهـا تنخفض لدى المثقفين والتجار بشكل ملموس (٣) .

٦ ـ ان ارتفاع نسب الطلاق هو في السنين الاولى من الزواج ، ولكن نلاحظ أن هذه النسبة في مصر بصورة خاصة في الاشهر الأولى مما نستدل به على أن هذا الزواج تم على خطأ في الاختيار والتسرع ولم يكن عن دراسة وتأمل وإلا لما فشل بهذه السرعة .

وهذا يؤيد ماقلته آنفاً الى أن ارتفاع نسبة الطلاق في مصر تعود الى البيئة الاجتماعية والى الظروف الاقتصادية والى تفشي روح الحضارة في معظم المدن الكبيرة ، ولا دخل للتشريع في كثرة حوادث الطلاق .

وقد قام المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في القاهرة بدراسة على ٨٩ ه مشرداً فتبين ان ١٠٪ منهم من والدين مطلقين .

ولكن هذه النسبة لم تشر الى ان هذا الطلاق هل ادى الى انفصال الزوجين ام تمت الرجعة بينهما ام كان الطلاق قبل الدخول وقد ذكرنا ان النسبة تتضاءل حتى لاتصل الى ٢٪ ممن يتم الانفصال الزوجي بينهما بدون رجعة .

ان من يهتم بدراسة المشردين ووجود الحلول لانقاذهم مما هم فيه فليعد الى الشريعة الاسلامية حيث يجد الضمان الكافي للطفولة المشردة .

كما عليه ان يدرس احوال المجتمع من فقر ومرض وجهل برفع المستوى الاجتماعي الملائم لكرامة الانسان لان يهاجم نظام الطلاق في الاسلام لانه مما يتهم به بريء .

اعتمدنا في هذا على تقارير من المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية (١٩٦١) وخاصة : تقارير الاستاذ الكبير المحقق الشيخ محمد ابو زهرة . والدكتور سيد عويش ، والدكتورة عنايات زكي .

(١) دراسات في الاجتماع العائلي الدكتور مصطفى الخشاب ص ١٦٠ .

خاتمة البحث

من هـذا البحث الذي عرضنا فيه جانباً من نظام الطلاق في الاسلام ، رأينا كيف ان الشارع حرص على وحدة الأسرة وعدم تفككها فشرع لبوادر الشقاق بين الزوجين حلولاً عملية يجب على كل زوج اتباعها اذا ظن انه لايقيم حدود الله فيما أمره .

فلكل من الزوجين ان يعظ الآخر وان يهجره وان يؤدبه كما جاء في القرآن الكريم حرصاً على بقاء الزوجية وكيان الأسرة سليماً .

فاذا استفحل الخلاف والشقاق بين الزوجين امر الشارع بالتحكيم فيختار كل منهما حكماً لحل المشاكل الناشئة بينهما .

واذا تبين للحكمين المتسبب في الشقاق أمراه بالرجوع الى صوابه وذكراه بحقوق الله في صاحبه – اذا رغب الطرف الآخر عدم الفرقة – وأن الله سبحانه وتعالى امر الزوجين الصبر حتى مع الكراهية فقال : «فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً »[1] .

اما اذا لم يجد التحكيم واستمر النزاع بين الزوجين كنا بين أمرين : أما حياة يملؤها الشقاق والخلاف وسوء التفاهم ، واما انفصال يجد فيه كل من الزوجين سعادته وهناءه : وان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته .

---

(١) روى الزمخشري في تفسيره آية : وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً ..

« ان عمران بن حطان الخارجي كان من أدم بني آدم وامرأته من أجلهم . فأجالت في وجهه نظرها يوماً ثم تابعت الحمدلله . فقال : مالك ؟ .. قال حمدت الله على اني واياك من أهل الجنة قال كيف .. قال لانك رزقت مثلي فشكرت ، ورزقت مثلك فصبرت . وقد وعد الله الجنة عباده الشاكرين والصابرين » .

وعمران ممن خرج له البخاري في صحيحه . ولما مات سئلت زوجته عن ترجمته .فقالت : أوجز ام أطنب ؟ .. فقيل : أوجزي . فقالت : ماقدمت له طعاماً بالنهار ، وما مهدت له فراشاً بالليل . تعني انه كان صواماً قواماً رحمه الله . تفسير القاسمي ١٥٩٧/٥

هذه الفرقة التي تحدث بين الزوجين هي العلاج الاخير حين استعصى كل علاج سواه
واذا قررنا ذلك كان لابد لنا من ان نبحث عمن يملك هذه السلطة ، ومن يقدر ظروف هذه الحياة التي تعذر استمرارها ؟ .

قرر الاسلام ان لكل من الزوجين حق التفريق ، كما ان القاضي يملك هذا الحق عن طريق فسخ النكاح بينهما بناء على طلب احدهما .

فلكل من الزوجين ان يطلب التفريق من القاضي في حالات عدة ذكرناها بالتفصيل كما ان كلاً من الزوجين يملك حق الطلاق في شروط معينة .

دور الزوج :

فالرجل يملك حق الطلاق على ان يكون ذلك ضمن حدود الشرع وقيوده :
وأهم القيود بالنسبة لطلاق الرجل يمكن ايجازها بالشكل التالي :

١ – من حيث القصد : لايقع طلاق الرجل إلا اذا كان يقصد الطلاق ، فلا طلاق من مكره ، ولا من سكران ، ولا من هازل، ولامن غضبان ملك عليه الغضب ارادته .

٢ – ومن حيث اللفظ : لايقع الطلاق إلا بلفظ صريح يدل على معنى الطلاق .

ولا يقع الا الطلاق المنجز لأنه هو الذي يدل على قصد المطلق وانه جاد في طلاقه .

ولا يقع الطلاق اكثر من طلقة واحدة مهما تكرر اللفظ او اقترن به من عدد .

٣ – ومن حيث الوقت : لايقع الطلاق في كل وقت ، فليس الزوج حراً في ايقاع طلاقه متى شاء او اراد بل قيد الشارع ذلك بأن حدد للمطلق وقتاً لايقع الطلاق بغيره ، وهو ان تكون الزوجة في طهر لاجماع فيه ، ولا في الحيض الذي قبله طلاق ولاجماع . وهذه حكمة الشارع الذي انفرد في هذا

النظام ، وعلة ذلك ان يكون الطلاق في وقت الرغبة لا في وقت النفرة فقد يخشى ان يقع الطلاق لغير الطلاق فقد ينفر الزوج من زوجته في وقت عدم قربانها ، او يمل في وقت قربها .

لهذا حدد له وقتاً مخصوصاً وهو ان تكون في وقت الرغبة فاذا طلق دل على انه يقصد الطلاق عن تفكير وتصميم لا عن كره موقت او حاجة عارضة قد تزول .

٤ - ومن حيث التوثيق والتروي : فقد اوجب الشارع ان يكون الطلاق امام شاهدين يسمعان صيغة الطلاق ويفهمان ذلك . وذلك لحرص الشارع على تعويق المطلق ما امكن لذلك سبيلاً .

٥ - ومن حيث الانابة : فلا يجوز للزوج ان يفوض لغير زوجته امر طلاقها ، اذ أن الطلاق امر شرعه الله للزوجين لا لغيرهما ، فالزوج يطلق ، والزوجة تطلق نفسها في حالات عدة منها ان يفوض اليها زوجها امر الطلاق ، فاذا فوض الزوج لزوجته امر طلاق نفسها جاز ذلك ، اما تفويض الطلاق الى الغير فلا يجوز .

هذه اهم القيود التي وضعها الشارع في طريق المطلق لا للحجر على ارادته ، لأنه يملك هذا الحق بارادته المنفردة ، ولكنها اجراءات تعوق المتسرع من المطلقين ليكون الطلاق عن دراسة وقصد اليه لا عن نزعة طيش وهوى سرعان مايزول ، فاذا توفرت هذه الشروط فالرجل يطلق دون اذن القاضي او غيره اذ لا يجوز لأحد غير الزوجين ان يتدخل في أمر الطلاق .

ثم اذا توافرت هـــذه الأمور ، ومر الزوج بهذه المراحل كلهـا ، فطلق زوجته ، فهل انتهى الأمر وبانت الزوجة الى حيث لا رجعة ؟

لا ... ان نظرة العطف لا تزال ترعى المرأة ، فالزوج اذا تعسف فطلق لغير سبب ، الزم بتعويض الزوجة تعويضاً يتلاءم مع مقدار ما اوقعه الطلاق

في نفسها من إيحاش وألم ومصيبة ، وما تركه من بؤس وفقر وحاجة .

والزوجة مع هذا الاتزال في عصمته ، فالطلاق في الاسلام رجعي ، يملك الزوج ان يراجع زوجته لفعل او قول يدل على ذلك .

فما دامت الزوجة في العدة ، والعدة ثلاثة أقراء ، جعلها الشارع ثلاثة أقراء مع ان براءة الرحم تعرف بقرء واحد ، ليتمكن الزوجان من الرجوع الى بعضهما وليجرب كل منهما حياة الافراد عن صاحبه ، ثلاثة شهور ، تبقى الزوجة مع زوجها في بيت الزوجية تحت بصر الزوج ورقابته ، فاذا ما أصر على عدم رجعتها كان هذا برهاناً ودليلاً على ان كلاً منهما لم يعد يرغب بصاحبه.

واذا انتهت العدة وبانت الزوجة ببينونة صغرى ، كان له ان يتزوجها من جديد مالم تكمل الطلقات الثلاث .

وهذا نظام انفرد به الاسلام ايضاً ، فلا رجعة في بقية الشرائع والقوانين ، كما ان المطلقة لايجوز ان تعود الى مطلقها في كثير من الشرائع .

• • •

دور الزوجة

والزوجة بعد ان اختارت بمطلق حريتها وارادتها من تحب ان يكون شريكاً لحياتها فهي حرة ايضاً في ان تشترط ماتشاء في عقد الزواج على ان لايخالف ذلك نصاً صريحاً فلها ان تشترط ان لايتزوج زوجها عليها ، ولها ان تشترط ان لاتنتقل من دارها او بلدها ، او غير ذلك ، فاذا ما أخل الزوج بالتزامه كان لها حق طلب الفسخ .

كما ان للزوجة ان تشترط ان تكون عصمتها في يدها فتطلق نفسها متى ارادت ، ويكون لها هذا الحق اذا فوض الزوج اليها امر طلاقها بعد عقد النكاح ايضاً .

وتملك الزوجة طلب التفريق من زوجها مخالعة على ان تدفع له مالايتجاوز ماساقه اليها ويجب على الزوج ديانة ان يجيبها الى ما طلبت ان تعذر عليه اصلاح ذات البين ، فإن ابى رفعت امرها الى القاضي فيجيبها ان لم يستطع التوفيق بينهما .

وهكذا نجد : ان كلا من الزوجين يملك حق الطلاق بارادته المنفردة ، ولكل منهما ان يطلب من القاضي التفريق .

فلا استبداد من جانب الرجل في امر الطلاق ، ولا حرمان للمرأة من هذا الحق ، فكل منهما يمارس حق الطلاق ضمن حدود الشرع والقانون .

وفي رأيي : انه خير الف مرة ان تملك الزوجة امر الطلاق فتطلق نفسها ، من أن يكون الطلاق باذن القاضي حيث يتدخل في كل صغيرة او كبيرة فيحجر على ارادة الزوجين في مفارقة بعضها ، وتحل ارادة القاضي محل ارادة الزوجين .

ان الطلاق في الاسلام مهما وضع الشارع في طريقه من عقبات فهو حق خاص بالزوجين فلا يجوز للغير ان يتدخل في امره .

وفي سبيل الوصول الى هذه النتائج فقد حققت كثيرا من المواضيع ، أذكر منها على سبيل المثال :

١ ـ الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لضرورة .

٢ ـ تحقيق مذهب محمد من الحنفية في التفريق للعيوب والامراض ، وان مذهبه عدم الحصر ، والنتيجة العملية لذلك هو رجوع القاضي او شارح القانون لمذهب أبي حنيفة في حال وجود نقص في التشريع في هذا الموضوع ، خلافاً لما درج عليه شراح القانون من الرجوع الى مذهب مالك .

كما حققت في التفريق للعيوب والامراض لدى جمهور الفقهاء وان مذهبهم عدم الحصر لا فرق بين الزوج او الزوجة في ذلك .

وقد كتبت في التطليق للعقم واعتبرته من العيوب التي تجيز التفريق .

٣ ـ تحقيق في الطلاق البدعي : الطلاق الثلاث ، والطلاق في الحيض ، وان الطلاق لا يقع الا طلقة واحدة ، وفي طهر لا جماع فيه . وذلك بالرجوع الى مصادر مختلفة المذاهب من فقه واصول وتفسير وحديث .

وقد صححت كثيرا من الاخطاء في مختلف المذاهب وخاصة ماتداول عليه الكتاب من النقل في مذهب الجعفرية في الطلاق البدعي .

٤ ـ التفريق بين حالتين من عدم الانفاق : حال اعسار الزوج وحال عدم انفاقه مع يساره وترجيحنا عدم التفريق اذا كان الزوج معسرا والزوجة غنية اذ مناط التفريق يجب ان يكون الضرر ولا ضرر في تلك الحالة .

٥ ـ الاصل في الطلاق انه رجعي ، والرجعة لا تصح بقصد المضارة ، ومن المضارة ان يراجعها ثم يطلقها دون ان يجامعها . ولا تصح الرجعة الا باعلام الزوجة .

٦ ـ تفويض الطلاق لغير الزوجة غير صحيح .

٧ – لايقع الطلاق الا امام شاهدين .

٨ – العقد ركن من اركان الطلاق ، فاذا عدم او اختل فلا طلاق .

٩ – اذا طلبت الزوجة مخالعة الزوج فيجب عليه ديانة اجابة ذلك، والا رفعت الامر الى القاضي فيفرق بينهما بعد تعذر الاصلاح .

١٠ – يجب ألا يتجاوز عوض الخلع المهر .

١١ – تفريق القاضي فسخ لا طلاق .

١٢ – التفريق للضرر والشقاق لكل من الزوجين . ومن الضرر تعدد الزوجات ضمن قيود وشروط .

١٣ – التحقيق في التفريق لتغيير الدين هل يعتمد القاضي بالظواهر أم ان له البحث عن الباعث عن اسلام احد الزوجين فنقلت نصوصاً عدة واجتهادات مختلفة دعمت فيها رأيي ، وهو ان الاصل في الاسلام الظاهر ولا يجوز للقاضي البحث وراء ذلك .

وللحيلولة دون الغش والتدليس فقد ذكرت الحل الملائم وهو تطبيق احكام المرتدين فيحجم من لا يفكر في الاسلام عن عقيدة تغيير دينه .

كما قلت اننا نعطي حق طلب التفريق للزوجة التي بقيت على دينها وبهذا نقضي على الغش والتدليس من جانب الرجل ، ونرفع الظلم عن جانب المرأة .

١٤ – كل طلاق اوقعه الزوج او الزوجة وتعسف فيه كان عليه التعويض على زوجه الآخر .

• • •

وفي القوانين العربية

يتجه العالم العربي اليوم الى الوحدة الشاملة الصحيحة ، واذا كان من مقدمات الوحدة وحدة التشريع ؛ فان قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية ، هي في طليعة القوانين توحيداً اذ انها تستقي من منبع واحد ومصدر واحد وهو الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها .

واذا كان هناك من خلاف بين الفقه الجعفري وغيره ، فقد حاولت في بحثي هذا الجمع بين مختلف المذاهب ، وما خالف به المذهب الجعفري غيره من المذاهب ايدته بمذاهب اخرى ، واكثر من هذا فاني وضعت مجموعة من المواد لتكون نواة لقانون عربي شامل ، بل نواة لقانون اسلامي لجميع البلاد الاسلامية .

وقد كان نهجي في البحث كما يلاحظ القاريء ان كل امر اخترته ورجحته لم اعتمد فيه على حجج مذهبه كالأشهاد حين الطلاق مثلاً ، والطلاق في الحيض ، والاعلام حين المراجعة ، وعدم صحة المراجعة بقصد الاضرار ، كل ذلك من الامور التي اخذت بها بعض المذاهب دون الاخرى ، فقد ايدتها بالكتاب والسنة واقوال الصحابة وفي سبيل ذلك فقد خالفت قوانين الاحوال الشخصية في كثير من الامور .

كما اني انتقدت شراح القانون في البلاد العربية في عدد من المواد كالتفريق للعيوب ، والطلاق المتكرر وغير ذلك .

ولعلي في هذا العمل اكون قد جمعت بين المذاهب الاسلامية وما يجب ان تكون عليه قوانين الاحوال الشخصية في العالم العربي والاسلامي في موضوع الطلاق ، دون التعصب لمذهب او رأي معين .

ومن البوادر الطيبة التي لمستها اثناء دراستي لقوانين البلاد العربية عدا عن وحدة المصدر والمنبع ، انها كثيراً ما تستعين ببعضها فتجد في المذكرات الايضاحية اشارات واضحة صريحة ، الى ان من مصادر هذا القانون قوانين

البلاد العربية التي سبقته . كما ان معظمها لم يعتمد على مذهب معين بل كان مذهبه الانتقاء من اكثر المذاهب .

في الاجتهادات القضائية :

وذهبت بعد ذلك الى الناحية العملية التطبيقية فاستعرضت عدداً كبيراً من الاجتهادات القضائية ، واستخلصت منها مباديء عامة ، وبينت رأيي في اكثرها ، وما يجب ان تكون عليه ، كما اشرت الى توسع القضاء في التفريق للشقاق والضرر ، وللاعسار .

الطلاق لدى الامم القديمة :

كما ذكرنا لمحة عن منزلة المرأة لدى اليونان والرومان لنعرف مدى ماتتمتع به الزوجة من مكانة نعرف من خلالها هل تملك شيئاً من امرها من طلاق اوغير ذلك ام لاتملك شيئاً .

وقد ذكرنا ان المرأة كانت تباع وتشترى ، والزوج يستبد بطلاقها واذا لم يفعل ذلك فلم يكن عن حب وتقدير بل خشية ضياع المبلغ الذي دفعه قيمة زوجته .

وبهذه المقارنة تتجلى لنا الشريعة الاسلامية وما جاءت به من احكام في نظام الطلاق نظاماً كاملاً منذ العصر الأول .

في اليهودية :

حققت في الخلاف القائم بين شراح القانون في حق الزوج بالطلاق لدى اليهود ، هل يملك ذلك بارادته المنفردة ، أم لابد من طلاق القاضي لاسباب معينة .

فتبين ان الخلاف مرده وجود طائفتين من اليهود احداهما تبيح الطلاق بالارادة المنفردة والثانية لاتبيح ذلك إلا باذن القاضي .

وقد اوردت عدداً من الاجتهادات القضائية تؤيد ما اتجهت اليه في هذه ونصوصاً من كتب اليهود ومراجعهم تثبت ذلك .

وقد قمت بمقارنة بين الشريعة اليهودية والشريعة الاسلامية في كل موضع اتفقت فيه الشريعتان او اختلفت فيه ، وبينت وجهة نظري في نقط التشابه والاختلاف .

واشرت اثناء بحثي الى ان الاصل في الطلاق لدى اليهودية الحظر الدياني، وانه يجوز لكل من الزوجين حق طلب الطلاق من القاضي في امور معينة توسع فيها الفقهاء ، غير انه تختلف عن الشريعة الاسلامية بانها الزامية في كثير من الامور بحيث لو وجدت الزم الزوج بالطلاق .

وفي المسيحية :

فقد تناولت البحث في مصادر المسيحية في الطلاق ، وقد حققت في ذلك فتبين لي ان اسباب الطلاق لدى الطوائف التي تجيزه اليوم هي جديدة بمعنى اننا لو رجعنا الى مصادر الاولى للمسيحية لانجد الا الزنا سبباً للطلاق عند من يبيح الطلاق .

وقلت ان من أهم المصادر هذه القوانين قديماً وحديثاً ، هو الشريعة الاسلامية ، وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس في مصر وهم اكثر الطوائف تسامحاً في تعداد اسباب الطلاق التي تجيز لأي من الزوجين ان يطلب التفريق.

وانتهيت في بحثي الى ضرورة توحيد قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية طالما ان الامر اجتهادي لديهم وانهم اخذوا ذلك عن الشريعة الاسلامية ، وان هذه الاسباب من خلال ما استعرضناه من اجتهادات قضائية وملية اسباب مرنة توسع القضاء تطبيقها ، فأي مانع ان يخطو المشرع خطوة جريئة فيجعل قانوناً واحدا للبلد الواحد .

في القوانين الاجنبية

ومن استعراضنا للقوانين الاجنبية التي تمثل اتجاهات معينـــة في اسباب الطلاق ، وبالرجوع الى التطبيق العملي لدى المحاكم ، وجدنا ان اسباب الطلاق في معظم القوانين اسباب مرنة متطورة ، مرنة بحيث يجـيز القاضي التفريق لاي سبب ، ومتطورة لانها تستند الى المصلحة لا الى اصول تاريخية .

والخلاف القائم بين الشريعة الاسلامية وهذه القوانين ومعهـا الشريعة المسيحية هو الطلاق بالارادة المنفردة ، وما عداه من تطليق القاضي او الطلاق بالاتفاق، معترف به اما صراحة او دلالة في معظم القوانين .

وقد ذكرت اثناء بحثي مثالاً على ذلك في التطليق للزنا ، فقلت ان الطلاق بالارادة المنفردة اذا منعته القوانين فقد اباحته عن طريق آخر اسوأ نتيجـة منه ، وذلك كما لو اراد احد الزوجين طلاق زوجه الآخر فما عليـه الا ان يرتكب جريمة الزنا اما حقيقة او صورياً فيطلب الطرف الآخر الطلاق .

بل ان بعض القوانين اجازت لمن يرتكب في حق الآخر خطيئة ، كالهجر مثلاً ان يطلب الطلاق ، ومعنى هذا : من اراد طلاق زوجته فليهجرها مدة من الزمن ثم يطلب هو نفسه الطلاق .

إن في تعليق امر الطلاق على خطيئة يرتكبها احد الزوجين اسوأ اثرا من اعطاء الحق لاحد الزوجين يطلق متى شاء واراد ضمن حدود الشرع والقانون .

وخير الف مرة ان تجيز الطلاق في هـذه الحدود التي رسمها الشارع في الاسلام من ان نجعل امر الطلاق مرهوناً بجريمة او خطيئة ترتكب . فلاطلاق الا اذا تعدى احد الزوجين على الآخر اعتداء جسيما عرض خيانة للخطر ، او اذا وضع له السم في الطعام مثلاً ، او اذا هجره مدة طويلة ، او اذا ارتكب جريمة الزنا الى غير ذلك من الاسباب .

وفي رأيي ان نقطة الخلاف بين شريعتنا الاسلامية وغيرها من النظم والقوانين ليس هو الطلاق بالارادة المنفردة فقد وجدنا المرونة والتطور في التطبيق العملي والاحتيال والصورية في اسباب الطلاق التي تذكرها تلك القوانين.

انما الخلاف على ما اراه هو حول اصل فكرة الطلاق ، فان اكثر القوانين تنظر الى الطلاق على انه عقوبة للزوج الآخر ، بينما الاسلام يرى ان الطلاق علاج لا عقوبة .

القوانين الاجنبية تعاقب الزوج الزاني فتفرق بينه وبين زوجه لان الامر لايهم سواهما بحيث لو صفح احدهما عن الآخر لم تكن هناك جريمة ولا طلاق. اما في الاسلام فموضوع الاسرة يتعدى مصلحة الزوجين الى المجتمع ، فاذا شرع الله الطلاق فانما ليتدارك وضع اسرة تفكك رباطها وتعذر اصلاحها ، حتى نبني من جديد اسرتين متكاملتين قويتين .

فليس الطلاق عقوبة لأحد الزوجين في شريعة الاسلام ولكنه علاج لوضع نشأ في الأسرة فتعذر معه استمرار الحياة المشتركة . ولهذا تدوم صلة الرعاية والحنان بين الزوجين في العدة وما بعد العدة برباط النفقة اثناء العدة وبرباط النسب ورعاية الاطفال بعد العدة .

المراجع والمصادر [1]

١ — الفقه الحنفي

الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ ﻫ) طبع الهند ١٢٩١ﻫ

مختصر الطحاوي (٣٢١ﻫ) مطبعة دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥١م

مختصر القدوري (٤٢٨ﻫ) طبع الاستانة ١٣١٠ ﻫ.

المبسوط للسرخسي (٤٣٨ ﻫ) طبع مصر ١٣٢٤ ﻫ

تحفة الفقهاء للسمرقندي (٥٤٠ﻫ) في ثلاثة اجزاء تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر. دمشق ١٩٥٨ – ١٩٦٠

بدائع الصنائع للكاساني (٥٨٧ ﻫ) القاهرة ١٣٢٨ ﻫ

الهداية للمرغيناني (٥٩٣ ﻫ) مطبوع مع فتح القدير

المحيط في الفقه الحنفي. مخطوط في مكتبة الازهر رقم ٣٤٨٨ (٥٤٨٠٨) لبرهان الدين محمود بن احمد بن عبد العزيز (٥٤٠ ﻫ)

الذخيرة في الفقه الحنفي. مخطوط في مكتبة الازهر رقم (١٥٨٤) ٢٠٨٥٦ ويوجد منه نسخة في المكتبة الاحمدية في حلب في مكتبة الاوقاف رقم (٤٢٨) وتقع في ثمانية مجلدات. كما توجد منه نسخة في دار الكتب المصرية رقم (٤٨١)

كنز الدقائق للنسفي (٧١٠ ﻫ) مطبوع مع شروحه: البحر الرائق، وتبيين الحقائق.

---

(١) اقتصرت في ذكر المراجع على اهم مارجعت اليه في هذا البحث ونقلت عنه خلافاً لما يذهب اليه الكثير من وضع مصادر لم يطلع عليها. كما اني اخترت ذكر اسماء الكتب لانها ادل على ذكر المؤلفين فضلا عن انها طريقة سبقنا الكثير اليها. واترك لهواة ذكر المصادر الرجوع الى فهارس المكتبات العامة ففيها ما يكفي.

تبين الحقائق للزيلعي (٧٤٣هـ) المطبعة الاميرية . القاهرة ١٣١٣ هـ

العناية شرح على الهداية مطبوع مع فتح القدير للبابرتي (٧٧٦هـ)

السراج الوهاج مخطوط في مكتبة الازهر (٢٧١) ٧٥٥٣ للحدادي (٨٠٠هـ)

الجوهرة شرح متن القدوري لابي بكر محمد العبادي طبع الاستانة ١٣٠١هـ

فتح القدير لابن الهمام (٨٦١هـ) وهو شرح الهداية. المطبعة التجارية. القاهرة

حاشية سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي (٩٤٥هـ) على العناية شرح الهداية للبابرتي . مطبوع على هامش فتح القدير .

حاشية الشلبي على شرح الزيلعي على كنز الدقائق . المطبعة الاميرية ١٣١٣هـ

درر الحكام في شرح غرر الاحكام لملاخسرو (٨٨٥ هـ) طبع الاستانة ١٣١٩ هـ .

تنوير الابصار للتمرتاشي (١٠٠٤) مطبوع مع شرحه رد المحتار

اللباب للميداني وهو شرح على مختصر القدوري . المطبعة الجمالية ١٣٣٠ هـ

معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للشيخ علاء الدين ابي الحسن علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤هـ) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ

الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي (١٠٨٨هـ)

حاشية على الدر المختار للطحطاوي (١٢٣١) المطبعة الاميرية ١٢٨٢ هـ

البحر الرائق لابن نجيم . المطبعة العلمية بالقاهرة

منحة الخالق شرح على البحر الرائق لابن عابدين (١٢٥٢ هـ) مطبوع على هامش البحر الرائق .

رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين . الطبعة الاميرية الثانية بالقاهرة

رسائل ابن عابدين . طبع القاهرة ١٣٢٥ هـ

التحرير المختار على الدر المختار لعبد القادر الرافعي (١٣٢٣هـ) المطبعة الاميرية في القاهرة ١٣٢٣ هـ

الاشباه والنظائر لابن نجيم المصري (٩٧٠ هـ) المطبعة الاميرية ١٢٩٨ هـ

٢ــ الفقه الشافعي

الأم : للامام محمد بن ادريس الشافعي المتوفي عام (٢٠٤هـ) وهو في سبعة اجزاء وقد جاء في مقدمة الجزء بحث في اصول الفقه ومطبوع في كتاب مستقل واسمه الرسالة. المطبعة الاميرية سنة ١٣٢١ هـ .

مختصر الامام ابي ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني المتوفي عام ٢٦٤ مطبوع على هامش الأم .

المهذب لأبي اسحاق ابراهيم الفيروز ابادي الشيرازي (٤٧٦ هـ) وهو جزءان مطبعة عيسى البابي ١٣٤٣ هـ

الوجيز في الفقه الشافعي للامام الغزالي (٥٠٥ هـ) في جزئين بذكر في كل مسألة رأي المذاهب الاربعة بايجاز . مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة عام ١٣١٧ هـ .

المجموع شرح المهذب للنووي (٦٧٦هـ) . المطبعة المنيرية في القاهرة .

فتح العزيز شرح الوجيز للشيخ عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفي(٦٢٣هـ) مطبوع مع المجموع .

ويليه التلخيص الحبير في تحريج احاديث الرافعي للحافظ ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .

المنهاج للنووي على هامش مغني المحتاج

اسنى المطالب في شرح روض الطالب : لشيخ الاسلام زكريا بن محمد الانصاري الشافعي (٩٢٦ هـ) وهو شرح على روض الطالب لابن ابي بكر المقري اليمني طبع المطبعة الميمنية بالقاهرة (١٣١٣ هـ) .

تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر (٩٧٤) ﻫ

مغني المحتاج شرح المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب (٩٧٧ﻫ)، مطبعة مصطفى البابي ١٩٣٣ م .

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج تأليف شمس الدين محمد ابن الامام العارف بالله شهاب الدين أحمد الرملي المتوفي عام (١٠٠٤ ﻫ) وهو في ثمانية مجلدات . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٣٨ م

حاشية الشبراملسي للعلامة الشيخ أبي الضياء نور الدين علي بن علي المعروف بالشبراملسي القاهري المتوفي عام (١٠٨٧ ﻫ) .

حاشية الشيخ سليمان البجيرمي (١٢٢١ﻫ) على شرح منهج الطلاب . وشرح منهج الطلاب هو لشيخ الاسلام زكريا الانصاري ، مطبعة بولاق بالقاهرة ١٢٩٢ ﻫ .

الميزان الكبرى لسيدي عبد الوهاب الشعراني المطبعة الحسينية بمصر ١٣٢٩ﻫ. والمطبعة الأميرية ١٢٧٥ ﻫ .

رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي . مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٦٠ م .

الدر المضيه في الرد على ابن تيميه للسبكي (٧٥٦ ﻫ) دمشق ١٣٤٧ ﻫ

ترغيب المشتاق في احكام الطلاق تأليف الشيخ عبد المعطي السلاوي ١٣٤٩ ﻫ

. . .

٣ ـ الفقه المالكي

المدونة الكبرى : للإمام مالك بن انس (١٧٩ ﻫ) رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك .

في ستة عشر جزءاً مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٣ ﻫ

المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات للامام ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد (٥٢٠) ﻫ في جزئين مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٥ ﻫ

بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف ابي الوليد محمد القرطبي الاندلسي المالكي المشهور بابن رشد الحفيد (٥٩٥ ﻫ) وهو في جزئين ويجمع فقه المذاهب الاربعة كما يمتاز بالتعليل في اكثر مسائله ولكن نقله عن المذاهب يحتاج الى تحرير . طبع دار الكتب العربية ١٣٣٥ ﻫ

الفروق لشهاب الدين احمد القرافي (٦٨٤ ﻫ) في اربعة اجزاء مطبعة الحلبي ١٣٤٤ ﻫ وحاشيته « ادرار الشروق » للقاسم بن عبد الله الشهير بابن الشاط (٧٢٣ ﻫ) وتنقيحه المسمى « تهذيب الفروق » لمحمد علي بن الحسين المكي المالكي .

القوانين الفقهية لابن جزيء وهو محمد بن احمد بن جزي الغرناطي (٧٤١ ﻫ) طبع تونس ١٩٢٦ . يجمع الى جانب الفقه جانباً من السيرة والتاريخ والتصوف . كما يذكر بعض الخلافات الفقهية في المذاهب الاربعة .

تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام لبرهان الدين ابراهيم الشهير بابن فرحون (٧٩٩ ﻫ) المطبعة الشرقية بالقاهرة سنة ١٣٠١ ﻫ .

مختصر سيدي خليل . طبع مكتبة عيسي البابي بمصر ١٩٣١ م .

وشروحه :

مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للامام الحطاب : محمد بن عبد الرحمن المغربي الاصل (٩٥٤ هـ).

وبهامشه :

التاج والاكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفي (٨٩٧ هـ) مطبعة السعادة (١٣٢٩ هـ)

شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل طبع مصر ١٣٠٧ هـ

شرح الخرشي على مختصر خليل طبع مصر ١٣١٧ هـ .

حاشية العدوي على شرح الخرشي ومطبوع معه .

الشرح الكبير للدردير (١٢٠١) على مختصر خليل . المطبعة .

حاشية عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) على شرح الدردير .

منح الجليل شرح مختصر خليل طبع مصر ١٢٩٤ للشيخ محمد عليش (١٢٩٠ هـ)

المعيار للوانشريسي . طبع فاس ١٣١٥ هـ

مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الاحكام تأليف القاضي ابي الوليدهشام ابن عبد الله بن هشام الازدي القرطبي نسخة مخطوطة كتبت سنة ٩٦٥ في مكتبة الاسكوريال ١٠٦٦/١٣٩ ق مصورة في فيلم معهد المخطوطات العربية رقم ٣٥ فقه مالكي .

التحفة لابن عاصم (٨٢٩ هـ) طبع الجزائر ومعها ترجمة بالفرنسية وتعليقات للاستاذين :

F.martel, O.xbudas وموجودة بمكتبة القاهرة رقم ٦٤٩٨ .

البهجة شرح التحفة للتسولي طبع مصر

بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية تأليف ابو بكر الكشناوي ١٩٥٧ م

الذخيرة : تأليف شهاب الدين القراقي (٦٨٤ هـ) ويقع في خمسة عشر مجلد ظهر منه المجلد الاول مطبعة كلية الشريعة في الازهر ١٣٨١ هـ

الاحكام في تميز الفتاوى عن الاحكام للقرافي . القاهرة .

٤ ـ الفقه الحنبلي

مختصر الخرقي المتوفي (٣٣٤) طبع دمشق. ومع شرحه المغني.

المغني لموفق الدين ابن قدامه المقدسي (٦٣٠هـ) وهو شرح على مختصر الخرقي مطبعة المنار في القاهرة ١٣٤٨هـ.

الشرح الكبير لابن قدامة (شمس الدين) المتوفي سنة ٦٨٢هـ وهو شرح على المقنع لموفق الدين بن قدامة. مطبوع على هامش المغني. مطبعة المنار بالقاهرة ١٣٤٨هـ ومطبوع بمفرده في المكتبة السلفية بالقاهرة.

الاقناع لطالب الانتفاع تأليف شرف الدين المقدسي (٩٦٨هـ) طبع القاهرة ١٣٥١هـ.

المحرر في الفقه مجد الدين ابو البركات (٦٥٢هـ) مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٠م

النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر. شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي (٧٦٣) هـ

التنقيح المشبع في تحرير احكام المقنع تأليف علاء الدين علي بن سليمان المرداوي (٨٨٥هـ) المطبعة السلفية القاهرة.

غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى تأليف الشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي. ثلاثة اجزاء طبع دمشق.

كتاب الهادي او عمدة الحازم لموفق الدين بن قدامة. دمشق

الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ١٩٦١ م

الانصاف لمعرفة الخلاف للمرداوي في اثنى عشر مجلدا. القاهرة ١٩٦٠

الفروع لمحمـــد بن مفلح الحنبلي مع حاشيته تصحيح الفروع لعلي المقدسي مطبعة المنار في القاهرة .

القواعد لابن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) القاهرة

زاد المعاد في هدى خير العباد لابن القيم (٧٥١ هـ) مطبعة محمد علي صبيح في القاهرة

اعلام الموقعين لابن القيم المطبعة التجارية في القاهرة

اغاثة اللهفان لإبن القيم مطبعة مصطفى البابي الحلبي في القاهرة

العدة شرح العمدة تأليف بهاء الدين عبد الرحمن المقدي. المطبعة السلفية في القاهرة

* * *

٥ — مراجع في الفقه الزيدي

المجموع للامام زيد (١٢٢ ﻫ)

المنتزع المختار للشيخ عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ﻫ) القاهرة ١٣٣٢

البحر الزخار للمرتضى (٨٤٠ﻫ) القاهرة ١٩٤٨ م مطبعة الخانجي

التاج المذهب لاحكام المذهب للقاضي احمد بن قاسم العنسي اليماني . القاهرة ١٩٣٨ م . مطبعة الحلبي .

الروضة الندية للعلامة السيد صديق خان شرح الدرر البهية . المطبعة المنيرية في القاهرة

الدرر البهية للشوكاني (١٢٥٥ ﻫ) .

الروض النضير شرح المجموع لشرف الدين الحيمي الصنعاني (١٢٢١ ﻫ) مطبعة السعادة ١٣٤٩ ﻫ .

٦ — مراجع في الفقه الظاهري

المحلى لابن حزم (٤٥٦ﻫ) طبع القاهرة (١٣٥٢ ﻫ)

ابطال القياس لابن حزم طبع القاهرة .

الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم مطبعة السعادة . القاهرة (١٣٤٨)

مراتب الاجماع لابن حزم . مكتبة القدسي ١٣٥٧ ﻫ

٧ — مراجع في الفقه الاباضي

النيل لضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ ﻫ)

شرح النيل وشفاء العليل محمد اطفيش (١٣٣٢) القاهرة ١٣٤٣ مطبوع مع النيل .

شامل الاصل والفرع للشيخ محمد اطفيش . المطبعة السلفية ١٣٤٨ ﻫ

٨ ـ مراجع الفقه الجعفري

المختصر النافع في فقه الامامية . لأبي القاسم نجم الدين الحلي المتوفي ٦٧٦ ﻫ
الاحكام الجعفرية في الاحول الشخصية تأليف الشيخ عبد الكريم رضا الحلي . ١٩٤٧ ﻫ
اصل الشيعة واصولها تأليف محمد الحسين آل كاشف الغطاء . الطبعة السابعة .
العروة الوثقي محمد كاظم الطباطبائي مطبعة دار السلام ١٣٣٠ ﻫ بغداد
السرائر للشيخ محمد ادريس . طبع حجر ايران
الاستبصار للطوسي (٤٦٠ ﻫ) مطبعة النجف
التهذيب للطوسي . طبع النجف
من لا يحضره الفقيه للصدوق (٣٨٥ ﻫ) طبع النجف
الكافي للكليني (٣٢٩ﻫ) طبع حجر .
الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهير العاملي . تحقيق عبد الله السبتي ١٩٦٠ القاهرة
قواعد الاحكام لإبن مطهر الحلي مخطوط ٨٨٦ ﻫ
شرائع الاعلام لنجم الدين بن سعيد الحلي . طبع حجر ايران ١٣٠٢ ﻫ .
وشرحه جواهر الكلام طبع حجر . ويطبع الآن في بغداد
النهاية للطوسي : مخطوط .
تذكرة الفقهاء للحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلي (٧٢٦ ﻫ)
تحقيق مرتضى الخلخالي . مطبعة النجف ١٩٥٥ . لايزال تحت الطبع .
مستمسك العروة الوثقى لآية الله السيد محسن الحكيم
مختلف الشيعة للطوسي طبع حجر ايران .
مفتاح الكرامة للعاملي . طبع القاهرة ١٣٢٦ ﻫ
الفصول الشرعية على مذهب الامامية تأليف محمد جواد مغنية . الطبعة الاولى بيروت ١٣٧٠ ﻫ

٩ — كتب الفتاوى

الفتاوى الفقهيـة الكبرى : تأليف ابن حجر الهيثمي (٩٧٤ ﻫ) طبع القاهرة ١٣٥٧ ﻫ

الفتاوى البزازية . لحافظ الدين محمد المعروف بابن البزاز الكردري (٨٢٧ ﻫ)

الفتاوي الخانية . للامام فخر الدين حسن الاوز جنـدي المعروف بقاضي خان (٥٩٢ ﻫ)

فتاوى ابن تيميه (٧٢٨ ﻫ) مطبعة الكردي في القاهرة ١٣٢٨ ﻫ .

فتاوى عليش المطبعة الاميرية في القاهرة .

فتاوى ابن نجيم (٩٧٠)ﻫ .

الفتاوى الهندية . جمعت في سنة (١٠٧٠ ﻫ) طبع بولاق ١٣١٠ ﻫ .

الفتاوى الخيرية لنفع البرية للرملي (١٠٨١ ﻫ) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ﻫ

الفتاوى الطرسوسية ، او انفع الوسائل الى تحرير المسائـل : لنجم الدين الطرسوسي (٧٥٨ ﻫ)

الفتاوى المهدية لمحمد العباس المهدي (١٣١٥ ﻫ) المطبعة الازهرية ١٣٠١ ﻫ .

١٠ — كتب الطبقات والتراجم

سير اعلام النبلاء الذهبي (٧٨٤ ﻫ) دار المعـارف في مصر (صدر منه ثلاثة اجزاء)

اعيان الشيعة للسيد محسن الامين . الطبعة الرابعة بيروت ١٣٨٠ ﻫ .

الاصابة في تمييز الصحابة لإبن حجر المطبعة التجارية في القاهرة

الاستيعاب لإبن عبد البر على هامش الاصابة

الطبقات الكبرى لابن سعد طبع بيروت ١٩٦٠م
وفيات الاعيان لابن خلكان تحقيق محي الدين عبد الحميد . طبع القاهرة
الفوائد البهية لمحمد بن عبد الحي اللكنوي (١٣٠٤ هـ) القاهرة ١٣٢٤
طبقات الشافعية للسبكي طبع القاهرة
طبقات الحنابلة مطبعة السنة المحمدية . القاهرة ١٣٧١ هـ
الاعلام للزركلي . الطبعة الثانية .
كشف الظنون عن اسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة . طبع استانبول ١٩٤٣م
معجم المطبوعات العربية لسركيس يوسف اليان . القاهرة ١٣٤٦ هـ
فهرست دار الكتب المصرية .
فهرست مكتبة الازهر .

١١ ــ اصول الفقه

كشف الاسرار للشيخ عبد العزيز البخاري (٧٣٠ هـ) وهو شرح اصول الامام فخر الاسلام البزدوي (٤٨٢ هـ)
المستصفى من علم الاصول للغزالي (٥٠٥ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٤٢ هـ
الاحكام في اصول الاحكام للامدي اربعة اجزاء طبع دار المعارف ١٩١٤م .
التلويح على التوضيح للمحقق سعد الدين التفتازاني (٧٩٣ هـ) طبع الاستانة
التحرير لابن الهمام (٨٦١ هـ) المطبعة الاميرية القاهرة ١٣١٦ هـ .
ارشاد الفحول للشوكاني القاهرة ١٣٢٧ هـ
الموافقات للشاطبي (٧٩٠ هـ) تحقيق الشيخ عبد الله دراز . طبع القاهرة
اصول السرخسي . طبع لجنة احياء المعارف العثمانية
المنار للنسفي (٧١٠ هـ)
وشرحه : لابن ملك .
وحاشيته : عزمي زاده (١٠٤٠ هـ) طبع استانبول ١٣١٥ هـ
فتح الغفار شرح المنار لابن نجيم (٩٧٠ هـ) مطبعة البابي ١٣٥٥ هـ
وحاشيته : ابن الحلبي (٩٧١ هـ).

١٢ — تفسير واحكام القرآن

احكام القرآن لابن العربي (محمد بن عبد الله المتوفي ٥٤٣ ﻫ) الطبعة الاولى ١٣٧٨ﻫ . دار احياء الكتب العربية في اربعة اجزاء تحقيق علي محمد البجاوي وفي الجزء الاخير فهارس عامة للكتاب .

في ظلال القرآن للاستاذ سيد قطب . دار احياء الكتب العربية الثانية .

احكام القرآن للجصاص (٣٧٠ ﻫ) طبع الاستانة ١٣٢٨ ﻫ .

الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٧١ ﻫ) دار الكتب المصرية في القاهرة الطبعة الثانية .

جامع البيان في تفسير القرآن للطبري (٣١٠ ﻫ) المطبعة الاميرية . ١٣٢٣ طبعة دار المعارف لم تتم بعد .

روح المعاني في تفسير القرآن للالوسي (١٢٧٠ﻫ) الطبعة الاميرية ١٣٠١ ﻫ

مجمع البيان للطوسي . طبع دار التقريب بين المذاهب الاسلامية في القاهرة ١٩٦٠ م طبع حجر في ايران . وطبع بيروت .

تفسير آيات الأحكام لجماعة من اساتذة كلية الشريعة في الأزهر .

تفسير القرآن الكريم (عشرة اجزاء) للشيخ محمود شلتوت .

تفسير الفخر الرازي . المطبعة الخيرية في القاهرة .

تفسير المنار . طبع القاهرة دار المنار .

تفسير المحيط لابن حيان . القاهرة ١٣١٣ .

١٣ — في الحديث النبوي

الموطأ للامام مالك بن انس (١٧٩ ﻫ) طبع القاهرة ١٣٢٠ ﻫ

نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار للشوكاني (١٢٥٠ﻫ)

وهو شرح كتاب المنتقى لابن تيمية . الطبعة العثمانية (١٣٥٧ ﻫ)

سبل السلام للصنعاني (١١٤٢ ﻫ) .

الباعث الحثيث لابن كثير . طبع القاهرة .

مسند الامام احمد . طبع دار المعارف لم يتم . وطبع الحلبي في القاهرة ١٣١٣ ﻫ .

فتح الباري شرح صحيح البخاري . طبع بولاق ١٣٠٠ ﻫ .

صحيح مسلم شرح النووي . طبع بولاق ١٢٩٠ ﻫ .

سنن ابي داوود . المطبعة التجارية في القاهرة .

سنن الترمذي . طبع بولاق ٢١٩٢ ﻫ .

سنن النسائي . المطبعة التجارية في القاهرة

سنن ابن ماجه . طبع القاهرة ١٣١٣ ﻫ

المستدرك للحاكم . طبع الهند ١٣٣٤ ﻫ

معاني الآثار للطحاوي . طبع الهند ١٣٠٢ ﻫ

بلوغ المرام لابن حجر . المطبعة التجارية في القاهرة ١٣٥٢ ﻫ

عون المعبود شرح سنن ابي داود طبع الهند ١٣٢٣ ﻫ

جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر . طبع القاهرة

١٤ – مؤلفات فقهية حديثة

الثقافة الاسلامية للشيخ محمد راغب طباخ ط ١٩٥٠ م

التفسير والمفسرون محمد حسين ذهبي ثلاثة اجزاء ط ١٩٦١ م

احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي خفيف ط ١٩٤٤ م

قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيدجمال الدين القاسمي ط ١٩٢٥ م

الامام الصادق للشيخ محمد أبو زهرة ط ١٩٦٠

مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلامة مدكور ط ١٣٧٩ ه

الاكراه بين الشريعة والقانون للشيخ محمد زكريا البرديسي ط ١٩٦٠ م

اصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ط ١٣٨١ ه

الاباحة عند الاصوليين والفقهاء بحث مقارن للدكتور محمد سلام مدكور ط ١٩٦١ م

المدخل للفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ١٣٨٠ ه

ابو حنيفة للشيخ محمد ابو زهرة ط ١٣٦٦ ه القاهرة

الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للشيخ محمد ابو زهرة ط ١٣٥٧ ه

نظام النفقات في الشريعة الاسلامية الشيخ احمد ابراهيم ط ١٣٤٩ ه

مقارنة المذاهب في الفقه للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد علي سايس ط ١٣٧٣ ه

المدخل الى علم اصول الفقه الدكتور محمد معروف الدواليبي ط ١٣٧٨ ه دمشق

تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد خضري ط ١٣٧٣ ه

اصول الفقه للشيخ محمد الخضري . الطبعة الثالثة .

اصول الفقه للشيخ محمد ابو زهرة . القاهرة ١٩٦٠ م

ابو حنيفة للشيخ محمد ابو زهرة . دار الفكر العربي ١٣٦٦

سلم الوصول الى علم الأصول للشيخ عمر عبد الله ١٩٥٩ م

منهج القرآن في بناء المجتمع للشيخ محمود شلتوت
تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للدكتور محمد سلام مدكور ط ١٩٥٩ م
حسن الأسوة بما ثبت من الله ورسوله في النسوة تأليف صديق حسن خان
طبع القاهرة
فقه الكتاب والسنة للدكتور محمد يوسف موسى ط ١٣٧٣ هـ
النسخ في الشريعة الاسلامية عبد المتعال محمد الجبرى ط ١٣٨٠ هـ
المدخل في التعريف في الفقه الاسلامية وقواعد الملكية والعقود فيه الدكتور
محمد مصطفى الشلبي ط ١٣٨٠ هـ
الفقه الاسلامي المدخل ونظرية العقد الدكتور عيسوي أحمد عيسوي
احمد بن حنبل للشيخ محمد ابو زهرة دار الفكر العربي ١٩٤٧ م
الشافعي للشيخ محمد ابو زهرة .
السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي للدكتور مصطفى السباعي . طبع
القاهرة ١٣٨٠ هـ
مصادر التشريع فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف . القاهرة ١٩٥٥
الاسلام عقيدة وشريعة للاستاذ الاكبر الشيخ محمود شلتوت . مطبعة
دار القلم في القاهرة.
تحقيق معنى السنة وبيان الحاجة إليها . السيد سليمان الندوي المطبعة
السلفية ١٣٧٧ هـ .
شريعة القرآن للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٦١ م
عوارض الاهلية للدكتور حسن النوري ١٩٥٤ م
مصادر الحق في الفقه الاسلامي . دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث
للدكتور عبد الرزاق السنهوري .
الجزء الاول : صيغة العقد ١٩٥٣ م
الجزء الثاني : توافق الارادتين ، صحة التراضي ١٩٥٤ م

الجزء الثالث : محل العقد ١٩٥٦ م

الجزء الرابع : نظرية السبب ونظرية البطلان ، ١٩٥٧ م

الجزء الخامس : اثر العقد بالنسبة للاشخاص القاهرة ١٩٥٧ م

الجزء السادس: اثر العقد بالنسبة للموضوع القاهرة ٢٩٥٩ م

النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاتة ١٩٣٦م

تعليل الاحكام للدكتور مصطفى الشلبي مطبعة الازهر القاهرة ١٩٤٩ م

نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي القاهرة ١٩٥٠

فلسفة التشريع في الاسلام للدكتور صبحي المحمصاني بيروت ١٦٥٢ م

التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد سوار القاهرة ١٩٦٠م

الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي . دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥٢ م

المدخل الى نظرية الالتزام العامة الجزء الثاني دمشق ١٩٥٨ م

. . .

١٥ — مراجع عامة

الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الأخبار للحافظ أبي بكر محمد بن موسى الحازمي الهمداني المتوفي سنة (٥٨٤ هـ) الطبعة الاولى حلب ١٣٤٦ هـ

السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لتقي الدين بن تيمية الطبعة الثانية ١٩٥١م

محاضرات في النصرانية محمد أبو زهرة الطبعة الثانية ١٩٤٩ م

الأسرة والمجتمع للدكتور علي عبد الواحد وافي الطبعة الرابعة ١٩٥٨ م

الأسرة في المجتمع العربي القديم للدكتور عبد العزيز صالح القاهرة ١٩٦١م

حياة المسيح الاستاذ عباس محمود العقاد ١٩٥٨ م

كيف تكتب بحثاً أو رسالة للدكتور أحمد شلبي . الطبعة الثالثة ١٩٥٧م مكتبة النهضة المصرية .

محاسن الإسلام وشرائع الإسلام لأبي عبد الله البخاري مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

مراتب الإجماع لابن حزم مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

نقد مراتب الإجماع لابن تيمية مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز ١٩٢٣م بيروت

تحرير المجلة كاشف الغطاء . النجف ١٣٥٩ هـ

المقارنات والمقابلات لحافظ صبري ١٩٠٢ مطبعة هندية

الاوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني بيروت ط١٩٥٧م

الأسرة والمرآة للدكتور صلاح الدين الناهي بغداد

النظم الاجتماعية والسياسية عند قدماء العرب تأليف محمد محمود جمعة ط١٩٤٩ م

مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي . تأليف الدكتور فارنتز روزنتال
بيروت ١٩٦١
حياة شيخ الاسلام ابن تيمية للشيخ محمد بهجت البيطار ١٣٨٠ ﻫ
المرأة عند قدماء اليونان الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٧ م
المرأة عند الرومان » » » ١٩٥٨ م
اختلاط الجنسين عند العرب الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٩ م
الاقباط . حلمي جرجس ١٩٥٦ م
اسرار الكنيسة . القاهرة
علم الاجتماع الجنائي للدكتور حسن الساعاتي .
مجلة القانون والاقتصاد .
مجلة المحاماة الشرعية .
مجلة المحاماة .
مجموعة دالوز .
قواعد الاحكام في مصالح الانام للشيخ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠ﻫ)
مطبعة الاستقامة في القاهرة .
النظائر للسيوطي (٩١١ ﻫ) مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٣٨ ﻫ .

١٦ — مؤلفات حديثة في الاحوال الشخصية

الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية الشيخ احمد ابراهيم الطبعة الثالثة ١٩٣٨ م القاهرة

شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ محمد زيد الابياني ١٩٢٤م القاهرة

عقد الزواج وآثاره الشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٨م القاهرة

احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ عمر عبد الله ١٩٥٨م القاهرة

احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف الشيخ عبد الرحمن تاج ١٩٥٥ م القاهرة

الاحوال الشخصية قسم الزواج للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٠ م القاهرة

شرح قانون الاحوال الشخصية الدكتور مصطفى السباعي ١٩٥٨م دمشق

براهين الكتاب والسنة الناطقة على وقوع الطلقات المجموعة منجزة أو معلقة تأليف شيخ سلامة القضاعي الشافعي ١٣٦٦ هـ

مشروع الزواج والطلاق محمد احمد عدوي وعبد العزيز خولي ١٩٢٨ م

الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف محمد محي الدين عبد الحميد ١٩٥٨م

فرق الزواج للشيخ علي الخفيف ١٩٦٠ م

الزواج والطلاق في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ١٩٥٧ م

الزواج والطلاق في الاسلام تأليف بدوان ابو العينين بدران ١٩٥٧م

مذكرات في فقه القرآن والسنة للشيخ محمد الزفزاف . كلية الحقوق جامعة القاهرة

الزواج والطلاق على المذاهب الخمسة للشيخ محمد جواد مغنية بيروت ١٩٦٠ م

فقه الكتاب والسنة للشيخ حسن مأمون .

عيون المسائل الشرعية في الاحوال الشخصية للاستاذ علي محمد حسب الله

الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للشيخ عبد الوهاب خلاف ١٣٥٤ هـ

الزواج في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية تأليف انور الخطيب بيروت ١٩٦٠ م

بحوث في التشريع الاسلامي واسانيد قانون الزواج والطلاق للشيخ مصطفى المراغي . طبع مصر ١٣٤٦ هـ

احكام الزواج والاحوال المتفرعة عنه في سوريا للاستاذ مصطفى الزرقاء ١٩٥٣ م دمشق

الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية مطبعة التأليف ١٨٩٥ م القاهرة

خلاصة احكام الاسرة للشيخ عبد الحكيم محمد ، القاهرة .

خلاصة الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، محمد سلامة ، القاهرة

القول الجامع في الطلاق البدعي والمتتابع للشيخ محمد بخيت المطبعة الخيرية بمصر ١٣٢٠ هـ

فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعة . القاهرة ١٩٥٨ م .

مراجع الاحوال الشخصية لغير المسلمين

ـ قضاء الاحوال الشخصية للطوائف الملية تألف أحمد صفوة ط ١٩٣٦ م

ـ احكام الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين تأليف المستشار حلمي بطرس ط ١٩٥٧ م

ـ شرح الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للمستشار تادرس ميخائيل تادرس الطبعة الاولى

ـ مذكرات على الآلة الكاتبة في الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط

ـ انحلال الزواج واسبابه في التشريعات الاوربية للدكتور جميل الشرقاوي

ـ الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب للدكتور احمد سلامة ط ١٩٦٠ م

ـ احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين خمسة اجزاء للدكتور شفيق شحاتة ١٩٥٧ ـ ١٩٦١م

ـ احكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاسرائليين تأليف م . حاي بن شمعون ط ١٩١٢ م

ـ القراءون والربانون تأليف مراد فرج ١٩١٨ م

ـ شعار الخضر في الاحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين تعريب وشرح مراد فرج ١٩١٧ م

ـ شرح مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية تأليف اهاب حسن اسماعيل ١٩٥٧ م

- انحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس تأليف الدكتور إهاب حسن اسماعيل ١٩٥٩ م

- الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور جميل الشرقاوي مكتبة النهضة المصرية

- الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين تأليف محمد محمود غمر وإلفي بقطر حبشي ١٩٥٧

- الخلاصة القانونية في الاحوال الشخصية لكنيسة الاقباط الارثوذكسيين تأليف الايغومانس فيلوثاوس مع شرح جرجس فيلوثاوس عوض ط٢ ١٩١٣ م

- الاحوال الشخصية للأجانب في مصر تأليف جميل خانكي ١٩٥٠ م

- محيط المبادىء الحديثة للقضاء المصري في الاحوال الشخصية وضع محمد حلمي عبد القاضي ١٩٥٧ م

- القانون الدولي والملي الخاص في فلسطين والشرق الادنى تأليف المستر فريدريك م كودبي القدس ١٩٣١

- مقدمة للاسفار غير القانونية ترجمة القس صالح سابا

- المسيحية في الاسلام تأليف ابراهيم لوقا ١٩٥٨ م

التقنين المدني اليوناني للاستاذ جورج رويلوس

الأحوال الشخصية للاجانب والمصريين تأليف كامل عثمان ١٩٥٨ م

الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي للدكتور حسن الاشموني ١٩٥٠ م

١٧ ــ الكتب القانونية

اصول القانون للدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور احمد حشمت ابو ستيت ١٩٥٢ م

اصول تاريخ القانون للدكتور عمر ممدوح مصطفى ١٩٥٤ م

بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني الدكتور صوفي حسن ابو طالب .

الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها للدكتور محمد معروف الدواليبي ١٣٧٤ ﻫ

اصول القانون للدكتور حسن كيرة ١٩٥٦ م

الفقه الاسلامي والقانون الروماني محمد ابو زهرة

الاقباط حلمي جرجس ١٩٥٦ م

جرائم البغاء دراسة مقارنة للدكتور محمد نيازي حتاته ١٩٦١ م

المدخل للقانون الخاص تأليف الدكتور عبد المنعم البدراوي .

الحقوق الرومانية الدكتور عبد المنعم البدراوي

التقنين المدني الجديد للدكتور محمد علي عرفه دار النهضة المصرية ١٩٤٩ م

نظرية العقد الدكتور سليمان مرقس دار النشر للجامعات القاهرة ١٩٥٧

نظرية بطلان التصرف القانوني الدكتور جميل الشرقاوي القاهرة ١٩٥٦

المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية للدكتور سليمان مرقس دار النشر للجامعات القاهرة ١٩٦٠

نظرية الالتزام العامة للاستاذ مصطفى الزرقاء . دمشق ١٣٨٠ﻫ .

المراجع الأجنبية

Code civile (Rome 1943).

Code civile Turc (1926).

Aubry et Rau. Cours de droit civil.

Bartin. Etudes de droiti international privé (1930-1035).

Bourdillon (james) Etude comparée de la forme du testament olographe français et du testament Anglais (1937).

Code civil français.

Précis de droit civil (1912).

G. Baudry-Lagantinerie.

Colin et Capitant. Droit civil français·

Josserand. La désalennisation du testament.

·Henri et Jean Mazeaud. Leçons de droit civil. Paris 1950.

Planiol. Ripert et Boulanger. Traité de droit civil Paris 1948.

Bourbousson (E) du mariage; des régimes martimoniaux et des successions dans les cinqs parties du monde
L'Italie d. 400-405
La grande Bretagne p. 339-375
La Turquie p. 542-551

فهرس اهم الاعلام

الذين وردت ترجمتهم في هامش هذا الكتاب

الصفحة

فهرس اهم التعليقات

التي وردت في هامش هذا الكتاب

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

فهرس أهم المبادىء القضائية

التي وردت في هذا الكتاب حسب الشريعة الاسلامية

الصفحة

الجزء الثاني

فهرس أهم المبادىء القضائية والملية

التي وردت فى هذا الكتاب للشرائع اليهودية والمسيحية والقوانين الاجنبية

الصفحة

الصفحة

فهرس مواضيع الكتاب

تمهيد

الدياني : مايراه الاستاذ الشيخ محمد ابوزهرة ورأينا فيما ذهب اليه. الاتجاه الثالث : حق الطلاق يخضع لإشراف القضاء من حيث التعويض (٩٧) التعويض حين التعسف في الطلاق : مشروع عام ١٩١٦ في مصر ومحاولته تقييد حق الطلاق (٩٧) الطلاق في تونس لا يقع إلا لدى المحكمة (٩٨) الطلاق بيد الرجل وللمرأة اذا تضررت ان تطلب التعويض ، رأي الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور (٩٩) . ما ذهب اليه القانون السوري في التعسف في الطلاق (١٠٠) ما يشترط في الطلاق حتى يعتبر تعسفاً (١٠١) ماذهبت اليه محكمة النقض السورية (١٠٢) .

المبحث الثالث : من صور التعسف في الطلاق

١ ـ طلاق المريض مرض الموت . ما جاء في القانون السوري (١٠٣) حكم طلاق المريض مرض الموت (١٠٤) ما ذهب اليه القضاء السوري في طلاق المريض مرض الموت (١٠٦) ٢ ـ طلاق المرتد (١٠٧) ٣ ـ مانراه في هذا الموضوع : لم يعد الحظر الدياني كافياً في الطلاق لدى نفوس بعدت عن دينها فلابد من تدخل القضاء (١٠٨) اذا اساء الزوج استعمال حقه في الطلاق فالقاضي يلزمه بالتعويض . ان الفقهاء حين اجمعوا على اعطاء حق الطلاق للرجل دون رقيب فانما قرروا ذلك لمن يستخدم هذا الحق في محله (١١٠)

٤ ـ **المتعة وأقوال الفقهاء فيها** (١١١) رأي الظاهرية والشافعية (١١١) مذهب الاحناف (١١٢) مذهب المالكية (١١٣) الحنابلة (١١٤) الجعفرية (١١٤) . ما ذهب اليه القانون السوري . مـا نراه في تحديد التعويض بنفقة سنة (١١٥) .

الفصل الثالث ـ انواع الطلاق

المبحث الأول : الطلاق الرجعي واحكام الرجعة .

الطلاق الرجعي . الرجعة . تعريفها (١١٨) دليلها ومصدرها (١١٩) بم تحصل

المراجعة (١٢١) هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة (١٢٤) الرجعة بقصد المضاره (١٢٥) رأينا : ان الرجعة بقصد المضارة باطلة ويعتبر طلاق الزوج زوجته ثانية دون ان يجامعها قرينة على الضرر والطلقة الثانية باطلة لأن الرجعة غير صحيحة (١٢٨) ما ذهب اليه القانون الاندنوسي ان الرجعة بدون رضاء الزوجة غير صحيحة (١٢٨) نقدنا لهذا القانون وبيان رأينا فيه (١٢٩) الاعلام بالمراجعة . ١٢٩ . ترجيحنا للرأي القائل بوجوب اعلام الزوجة بمراجعتها وإلا كانت باطلة (١٣١) الاشهاد على المراجعة (١٣٢)

المبحث الثاني : الطلاق البائن بينونة صغرى

انواع الطلاق البائن في مختلف المذاهب (١٣٦) هل يملك الرجل ان يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً .

المبحث الثالث : الطلاق البائن بينونة كبرى (١٤٠)

الفرع الأول : الطلاق في القرآن الكريم . ما ذهب اليه المفسرون في قوله تعالى : الطلاق مرتان (١٤١) اختلاف المفسرين بتأويل اية الطلاق مرتان هل هي لبيان الطلاق المشروع ام لبيان الطلاق الذي يملك فيه الزوج الرجعة . رأينا: ان كلا التأويلين لا بد ان يعتمد على تفسير صحيح لكلمة التسريح في الآية (١٤٤) معنى التسريح (١٤٥)

الفرع الثاني : الطلاق السني والبدعي (١٤٦) هل ايقاع الطلقات الثلاث محرم ديانة ام قضاء (١٤٧) ادلة من قال ان الطلاق الثلاث بدعي محرم (١٤٨) الطلاق السني والبدعي لدى الاحناف (١٥٢) لا بدعة في طلاق الثلاث لدى الشافعية وابن حزم (١٥٦) . رأينا فيما ذهب اليه الشافعي وابن حزم.

الفرع الثالث : هل يقع الطلاق الثلاث: المطلب الأول: تصنيف الموضوع (١٥٩)

تصنيف ابن حزم (١٦٠) ملاحظاتنا حول هذا التصنيف . تصنيف ابن القيم (١٥٨) تصحيح بعض ماذهب اليه ابن القيم ورأينا في تصنيفه (١٦٢) ما ذهب اليه القرطبي وابن حجر وصاحب سبل السلام (١٦٨)

المطلب الثاني : التصنيف الذي نختاره (١٦٩) المذهب الأول : مذهب عدم وقوع الثلاث (١٧٠) عدم صحة قول الشوكاني الذي اعتبره الاستاذان الزفزاف والخفيف حجة لرأيهم . نقدنا للشوكاني (١٧١) تحرير النقول التي تناقلها الفقهاء القدامى والمحدثون في هذا الموضوع (١٧٢) خطأ ما ذهب اليه صاحب الروضة الندية وتصحيحنا لذلك (١٧٣) مناقشة الاستاذ الزفزاف فيما نقله (١٧٤) مناقشة الاستاذ الخفيف (١٨٥) مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة (١٧٧) اضطراب النقل في هذا المذهب في المؤلفات القديمة والحديثة . تحرير مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بلفظ واحد (١٨١) المذهب الثاني : من قال بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة

مذهب الجعفرية في الطلاق المتتابع (١٨٢) خلاصة مذهب الجعفرية : ان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع واحدة عند جمهورهم . وقال بعضهم : لا يقع به شيء . اما الطلاق المتكرر المتتابع فلا خلاف انه يقع واحدة (١٨٥)

مذهب الزيدية في الطلاق الثلاث : لا يقع إلا واحداً خلافاً لما نقله الاستاذان الزفزاف والخفيف (١٧٦) من قال بهذا المذهب من فقهاء المذاهب الاخرى . ابن تيمية وابن القيم وغيرهم (١٨٧) تصحيح ما نقله ابن القيم عن ابن مغيث المالكي ورأينا فيما ذهب اليه (١٨٨)

المذهب الثالث . مذهب الجمهور : يقع الطلاق المقترن بعدد او المتكرر كما اوقعه الزوج (١٩٣)

المطلب الثالث : ادلة من قال لا يقع الطلاق إلا واحدة (١٩٤)

١ ـ الاحاديث : أ ـ حديث ابن عباس (١٩٤) ردالعلماء على هذا الحديث :

١ً ـ فتوى ابن عباس تخالف روايته . مناقشة فتوى ابن عباس : هل صحيح ان ابن عباس خالف روايته (١٩٧) هل يجوز للصحابي ان يخالف روايته (١٩٨) حكم مخالفة الراوي روايته بفتواه ٢ً ـ عدم علم الرسول برواية ابن عباس (٢٠١) مناقشة ذلك . ٣ً ـ الجرح في حديث ابن عباس : لم يروه البخاري . مضطرب من جهة المتن والاسناد . انفرد به راويه فهو شاذ . لم ينقله عن ابن عباس إلا طاوس (٢٠٢) مناقشة هذه الاقوال (٢٠٣) . ٤ً ـ تأويلات حديث ابن عباس : تغيير عادة لا تغيير حكم . المقصود بالثلاث التأكيد لا التكرار . دعوى النسخ (٢١١) مناقشة هذه التأويلات والرد عليها (٢١٢) .

ب ـ حديث ركانة . رد الجمهور على هذا الحديث ومناقشة هـــذه الردود (٢١٨) منشأ الخلاف في حديث ركانة (٢٢١) رأينا في حديث ركانة (٢٢٢)

٢ ـ مذهب بعض الصحابة والتابعين .

المطلب الرابع : ادلة الجمهور . (٢٢٧) ١ ـ الاحاديث (٢٢٧) حديث ابن عمر . حديث عويمر العجلاني (٢٢٨) . حديث محمود بن لبيد (٢٢٩) . حديث عبادة بن الصامت (٢٣٠) . حديث فاطمة بنت قيس (٢٣١) .

٢ ـ الاجماع (٢٣٢) مناقشة ادلة الجمهور (٢٣٥) .

مانراه في هذا الموضوع (٢٤١) ١ ـ في الاحاديث الواردة في الطلاق الثلاث . العبرة للحديث (٢٤٢) ماخالف به الفقهاء أئمتهم لصحة الحديث (٢٤٣) .

٢ ـ في الاجماع : لا اجماع على وقوع الثلاث (٢٤٤) آراء كبار العلماء المعاصرين في الطلاق الثلاث بين مؤيد ومعارض (٢٤٥)

٣ ـ مانراه في اجتهاد عمر (٢٤٦) ١ ـ لولي الامر حق التدخل في شؤون

الباب الثاني : الطلاق بالارادة المنفردة

الفصل الاول : الصيغه

الفصل الثاني : القصد

المبحث الاول : هل يقع الطلاق بمجرد النية (٣٠٤)

المبحث الثاني : طلاق الهازل (٣٠٦)

تنبيه على ماجاء في بعض المؤلفات عن المذهبين المالكي والحنبلي . تصحيح ماجاء في سبل السلام (٣٠٨) ماذكره الشيخ محمد ابو زهرة (٣٠٩) ادلة القائلين بوقوع طلاق الهازل (٣٠٩) من قال بعدم وقوع طلاق الهازل (٣١١) رأينا في طلاق الهازل (٣٠٢) وجوب التفرقة بين حالتين في طلاق الهازل (٣١٣) اذا كان المجلس مجلس هزل ولعب فلا طلاق . اما اذا ادعى بعد ايقاع الطلاق أنه كان يهزل في طلاقه فطلاقه واقع (٣١٣)

المبحث الثالث : طلاق المكره (٣١٥) أدلة من قال لايقع طلاق المكره (٣١٦) ادلة من قال بوقوع طلاقه (٣١٧) مناقشة ادلة الاحناف فيما ذهبوا اليه من وقوع طلاق المكره (٣١٩) طلاق السكران (٣٢١) تفصيل المالكية في طلاق السكران (٣٢٢) ادلة من قال بوقوع طلاقه (٣٢٤) مناقشة هذه الادلة (٣٢٥) الذين قالوا بعدم وقوع طلاق السكران (٣٢٦) ادلة من قال بذلك (٣٢٨) الذي اراه في طلاق السكران (٣٣٠) ماذهب اليه القانون المصري والمغربي والسوري . طلاق الغضبان (٣٣١) طلاق المدهوش (٣٣٢) مانراه في طلاقهما: لابد من وضع معيار دقيق للغضب والدهش والا اعتبر كل مطلق نفسه في حال غضب فلا يقع طلاق ابداً . (٣٣٣) مانوفقه بين طلاق الغضبان لدى الحنابلة وطلاق المدهوش لدى الاحناف (٣٣٣)

المبحث الرابع : طلاق المخطىء (٣٣٥) ماذهب اليه الاحناف في وقوع طلاق المخطىء (٣٣٥) ادلة الجمهور في عدم صحة طلاق المخطىء (٢٣٨) مانراه سداً لباب الاحتيال وضماناً لحقوق الزوجة (٣٣٩) خلاصة مانراه في هذا الفصل : ان الطلاق يجب ان يتوافر فيه القصد مع اللفظ (٣٣٩).

الفصل الثالث : المطلق

المبحث الاول : شروط الزوج المطلق (٣٤١) هل للولي ان يطلق عن الصغير او المجنون (٣٤٣) نقد الاستاذ الشيخ علي الخفيف تحديد سن المطلق بالثامنة عشرة في القانون السوري وملاحظتنا على هذا النقد (٣٤٥)

طلاق السفيه : وقوع طلاقه لدى الجمهور (٣٤٦) الذي أراه عدم وقوع طلاقه : من يحجر عليه لسوء تصرفه في ماله أولى ان يحجر على من يفكك اسرته (٣٤٦)

المبحث الثاني : الانابة في الطلاق (٣٤٧) مايراه الظاهرية وجمهور الفقهاء (٣٤٨) رد الجمهور على الظاهرية (٣٤٩) صيغة التفويض (٣٥١) الخلاف بين الفقه والقضاء المعاصر حول طلاق التفويض المطلق عن التقييد والتعميم. مايراه الشيخ عبد الوهاب خلاف . رأي الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة (٣٥٢) وخلاف ذلك ماذهب اليه الشيخ احمد ابراهيم (٣٥٣) الوقت الذي ينشأ فيه التفويض . تكييف التفويض (٣٥٤) آثار التفويض (٣٥٦) رأي المالكية في تفويض الغير في الطلاق (٣٥٨) مذهب الشافعية (٣٥٩) مذهب الحنابلة (٣٦١) مذهب الزيدية (٣٦٣) مذهب الجعفرية (٣٦٥) مذهب الظاهرية (٣٦٧) رأينا في التوكيل والتفويض (٣٦٩) وجوب التفرقة بين تفويض الغير وتفويض الزوجة (٣٧٠) تفويض الغير لامبرر له فلايجوز لغير الزوجة أن يفوض اليها امر طلاقها (٣٧٠) اقتراح بتعديل القانون (٣٧١)

الفصل الرابع : المطلقة

المبحث الاول : زوجة في نكاح صحيح (٣٧٣)

المبحث الثاني : الطلاق المشروع (٣٧٤)

الفرع الاول : مشروعية الطلاق في الحيض ١ - ماجاء في القرآن الكريم في تفسير قوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن (٣٧٥) خلاصة ماجاء في كتب

مناقشة الدليل الثالث (٤٢٨) مناقشة الدليل الرابع (٤٣١) مناقشة الدليل الخامس (٤٣٣) .

الفرع الرابع : ادلة القائلين بعدم وقوع الطلاق في الحيض - ١ - القرآن الكريم (٤٣٥) - ٢ - حديث ابن عمر - ٣ - الادلة القياسية : النكاح المتيقن لا يزول إلا بطلاق متيقن . الطلاق في الحيض غير مأذون به . الطلاق في الحيض منهي عنه كالنكاح المنهى عنه .(٣٣٨) كل عمل خالف الشرع فهو مردود (٤٣٩) .

مناقشة ادلة القائلين بعدم الوقوع . مناقشة الدليل الاول : هل النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه (٤٤١) هل النهي عن الطلاق في الحيض نهي عن شيء غير الطلاق : رأي الاستاذالشيخ محمد الزفزاف (٤٤٢) رد ابن تيمية على من قال ان النهي عن الشيء لا يقتضي فساد المنهي عنه (٤٤٣) .

مناقشة اهم ماورد في الدليل الثاني من أحاديث : رواية ابي الزبير ورد الجمهور من طريقين : طريق التفسير والتأويل . طريق الجرح في الراوي (٤٤٤) ما نراه في رواية ابى الزبير جملة الاراء : انه يدلس في احاديثه . يعارض الرواية ما هو اقوى منها انفراده بهذه الرواية (٤٤٥) .

مناقشة الدليل الثالث (٤٤٩) خلاصة ما نراه في الادلة القياسية (٤٤٢) .

الفرع الخامس (٤٥٣) رأينا في الطلاق في الحيض . الأمور التي اجمعت عليها الروايات ومنشأ الخلاف :

١ - استفسار عمر عن الطلاق في الحيض (٤٥٣) - ٢ - تغيظ النبي من ابن عمر لأنه ارتكب محرما - ٣ - قوله عليه السلام لابن عمر ما هكذا امرك الله - ٤ - امر النبي ابن عمر بمراجعة زوجته . اولاً : ما المراد بالمراجعة (٤٥٥) المراجعة بمعناها اليوم جاءت بلفظ الرد في القرآن الكريم (٤٥٦) المراجعة في السنة جاءت على غير معناها الاصطلاحي (٤٥٧) ما يبدو

الجزء الثاني

المطلب الثاني : خلع غير الزوجة ـ ١ ـ من قال لا يجوز خلع غير الزوجة ، الظاهرية ورواية عند الحنابلة (٥٥٥) مذهب الجعفرية : لا يصح خلع الاجنبي ، وأي الزيدية عدم صحة الخلع من غير الزوجة كما جاء في المنتزع المختار (٥٥٦) ـ ٢ ـ من قال بجواز خلع الاجنبي (٥٥٧) الشافعية ، الزيدية كما في التاج المذهب (٥٥٨) الحنابلة والاباضية (٥٥٩) . خلع ولي الزوجة المالي عن المجنونة والصغيرة والسفيهة (٥٦٠) .

المطلب الثالث : هل يشترط ان تكون الزوجة المخالعة في طهر لاجماع فيه (٥٦٤) ـ ١ ـ من قال انه لايصح الخلع في الحيض . الجعفرية (٥٦٤) ـ ٢ ـ من قال انه بدعي . الاباضيـــة والزيدية (٥٦٥) ـ ٣ ـ تفريق حسن للشافعية في الخلع اثناء الحيض ما اذا تم بين الزوجين ام بين الزوج وغير الزوجة (٥٦٦) ـ ٤ ـ اختلاف المالكيـة لاختلافهم في علة منع الطلاق في الحيض ـ ٥ ـ رأي الحنابلة (٥٦٧) الاشهاد في الخلع . (٥٦٨)

الفرع الرابع : العوض . المطلب الأول : مشروعية اخذ العوض في الخلع (٥٦٩) ـ ١ ـ هل يشترط الشقاق والخلاف بين الزوجين لجواز الخلع . رأي الجمهور عـــدم الاشتراط (٥٧٠) ماذهب اليه الزيدية والظاهرية والجعفرية انه لايجوز الخلع الا بوجود الشقاق بين الزوجين . ادلة الطرفين ومناقشتها (٥٧١) ـ ٢ ـ شرط الكراهية من الزوجة . عدم اشتراط الجمهور الكراهية لصحة الخلع (٥٧٢) اشتراط الظاهرية والجعفرية شرط كراهية الزوجة لصحة الخلع (٥٧٣) الخلاف عند الزيدية (٥٧٤) مذهب الاباضية (٥٧٥) ـ ٣ ـ شرط عدم المضارة من الزوج (٥٧٦) مذهب الحنابلة : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسهـا فالخلع باطل ويقع الطلاق رجعياً (٥٧٦) مذهب المالكية : الخلع غير صحيح في حـال مضارة الزوج واذا قبض عوض الخلع فيجب عليه رده (٥٧٧) مذهب الاحناف : عدم جواز العضل غير ان الخلع صحيح ويحرم ديانة . منشأ

الخلاف في راينا منشأه القاعدة الاصولية ان النهي عن الشيء هل يقتضي فساد المنهي عنه (٥٧٨) مذهب الاباضية: اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها يجوز قضاءً لا ديانة (٥٧٩)

المطلب الثاني: مقدار العوض في الخلع اولاً: اذا كان النشوز من جانب الزوجة ثلاثة اقوال للفقهاء (٥٧٠) - ١ - الزيدية: لا يجوز الخلع باكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولأولادها. - ٢ - الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية: يجوز ان يكون العوض اكثر مما دفعه اليها من مهر. ما نراه في تحديد عوض الخلع (٥٨٢) يجب الا يتجاوز عوض الخلع عما ساقه الزوج الى زوجته من مهر وذلك لثلاثة امور: لمدلول الآية الكريمة: ولا يحل لكم.. ولحديث ثابت بن قيس. والمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لا تعسف فيه (٥٨٢) ثانياً: اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهية منه. مذهب الاحناف: عدم جواز اخذ العوض ديانة (٥٨٣)

المطلب الثالث: نوع العوض الذي يتم به الخلع (٥٨٥) الخلع على اسقاط حق احد الزوجين في امساك ولده مدة الحضانة. خلاف المذاهب في ذلك. منشأ الخلاف في رأينا يدور حول حق الحضانة هل هو حق للطفل فلا يجوز التنازل عنه ام هو لأحد الابوين فيجوز لأحدهما التنازل عنه (٥٨٦).

الفرع الخامس: الخلع لدى القاضي. من ذهب الى ان الخلع لا يجوز الا عند القاضي (٥٨٨) رأي الجمهور عدم اشتراط ذلك (٥٨٩) ادلة الجمهور (٥٨٩) ادلة الجمهور ومخالفيهم ومناقشة هذه الادلة (٥٩٠) ما نراه في هذا الموضوع: وجوب التفرقة بين حالين: حال الرضا في المخالعة فلا يشترط وجود القاضي وحال عدم الاتفاق كما في حال

الشقاق فيجب حضور القاضي خاصة ونحن رجحنا الا يتجاوز عوض الخلع ماساقه اليها (٥٩٢)

البحث الثالث : أثار الخلع (٥٩٣) ـ١ـ من قال ان الخلع طلاق بائن (٩٥٤) ادلة من قال ان الخلع طلاق بائن (٥٩٦) ـ ٢ ـ من قال ان الخلع طلاق رجعي وادلتهم (٥٩٨) . الرد على ابن حزم ومناقشة الظاهرية فيماذهبوا اليه (٥٩٩) ماجاء في زاد المعاد نقلاً عن سعيد بن المسيب . تصحيح ماذهب اليه ابن القيم . ملاحظاتنا حول مافهم من كلام سعيدبن المسيب (٦٠١) ـ ٣ ـ الخلع طلاق بائن وينقلب رجعياً (٦٠٣) الخلع طلاق عند الجعفرية وليس بفسخ . تحرير هذه المسألة من مختلف كتبهم لاضطرابها (٦٠٤) والتحقيق على ان الخلع طلاق بائن لدى الجعفرية غير ان للزوجة حق الرجوع فيما بذلته فيصبح الخلع رجعياً فان شاء الزوج راجع زوجته مادامت في العدة (٦٠٦) ـ ٤ ـ الخلع فسخ وليس بطلاق (٦٠٧) ادلة من قال ان الخلع فسخ (٦٠٩) الادلة التي ساقها ابن القيم على ان الخلع فسخ . ملاحظاتنا على ماجاء به ابن القيم ومانقله الشيخ علي الخفيف والشيخ محمد الزفزاف (٦١٠) ماجاء من ادلة ابن القيم لاتصح حجة على الاستدلال لهذا الرأي (٦١١) . مناقشة من قال ان الخلع فسخ ومن قال انه طلاق : القرآن السنة (٦١٢) فتاوى الصحابة (٦١٣) هل ينقلب الخلع الى طلاق اذا تغيرت صيغته . ما نقله ابن قدامه في المغني (٦١٤) ملاحظاتنا حول هذا النص . ماجاء في فتاوى ابن تيميه (٦١٥) مناقشة ابن قدامه وابن تيميه وتصحيح ماذهب اليه(٦١٦) مانرجحه : ان الخلع باي لفظ وقع يجب الا يصرفه عن حقيقته (٦١٧) رأينا في أثار الخلع : أن الخلع فسخ للأمور التالية ١ ـ ان الطلاق حق ينفرد به الزوج اما الفسخ فهو بالتراضي والخلع كذلك ٢ ـ الأصل في الطلاق ان يكون رجعياً وفي اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً تنافياً مع الغرض

المقصود منه فكان لابد من اعتباره فسخاً توسعة لعدة الطلقات التي يملكها الزوج ٥ ـ وفي ذلك قضاء على تعدد الطلقات في العدة . ٦ ـ وفي هذا ايضاً قضاء على خلع الاجنبي اذ الفسخ لايجوز ان يكون إلا بين الزوجين أو من ينوب عنهما (٦٠٨) الاثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً أو طلاقاً (٦١٩)

المبحث الرابع : اذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها فهل يجب عليه أن يلبي طلبها فيطلقها (٦٢٢) الجمهور على أنه يندب للزوج ان يجيب زوجته الى طلبها بالمخالعة . بعض الجعفرية وبعض الحنابلة انه يجب ذلك وجوباً لاندباً (٦٢٣) ما اراه في هذا الموضوع : ان الزوجة اذا طلبت المخالعة فيجب على الزوج ديانة ان يجيبها الى ذلك بعد تعذر الاصلاح وإلا رفعت الأمر للقاضي فيفرق بينهما (٦٢٤) مايرد من اعتراضات على هذا الرأي (٦٢٥) ـ ١ ـ ان امر النبي عليه السلام في خلع ثابت بن قيس كان امر ندب واستحباب لا أمر وجوب . والجواب : ليس في الحديث مايصرف الأمر عن الوجوب . بل هناك في بعض الروايات الصحيحة ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وثابت في بيته ـ ٢ ـ ان تفريق النبي كان بصفته ولي أمر المسلمين لابصفته مشرعاً فليس له صفة الدوام . والجواب : ان هذا التفريق كان تشريعاً بدليل ان هذه الحادثة هي من مصادر تشريع الخلع (٦٢٦) ـ ٣ ـ طلاق ثابت زوجته كان خوفاً من النبي . الجواب : لم يكن من عادة الصحابة الا الجرأة والمناقشة للنبي في جميع امورهم . مايدل على ذلك من السيرة (٦٢٧) كان الصحابة يفرقون في اوامر النبي بين الاوامر التي لهم فيها الخيار وبين الاوامر الملزمة . الدليل على ذلك حديث بريرة . (٦٢٨) . بحث الموضوع من الناحية الواقعية (٦٢٩) اذا لم يحقق الزواج هدفه ، وتبين للزوجة في زوجها مالو رآه فيها لطلقها فماذا تفعل . قصة ام يزيد زوجة معاوية حينما فضلت

اعرابياً على امير المؤمنين معاوية فطلقها (٦٣٠) تخيير النبي زوجاته بالبقاء او الفراق دليل على انه لاتعنت ولا اجبار ولا اكراه في الحياة الزوجية (٦٣١) ما ذكره ابن رشد: ان الله جعل الخلع بيد المرأة اذا بغضت زوجها كما جعل الطلاق بيد الزوج اذا بغض زوجته (٦٣٢) الخلاصة: لكل من الزوجين مفارقة صاحبه اذا تعذر عليهما الاصلاح (٦٣٣)

المبحث الخامس: الخلع في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية (٦٣٤) مصر. ملاحظاتنا على ماجاء في هذا القانون (٦٣٥). العراق. تونس. المغرب. ما نلاحظه في هذه القوانين (٦٣٧)

الفصل الثاني: الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

المبحث الاول: الطلاق باتفاق الزوجين لدى اليونان (٦٣٨)

المبحث الثاني: الطلاق بالاتفاق لدى الرومان (٦٣٩)

المبحث الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين عند اليهود. طائفة الربانيين (٦٤٠) يجوز الطلاق بالاتفاق اذا كان بحكم من السلطة الملية. طائفة القرائين (٦٤١) الاجتهادات القضائية.

المبحث الرابع: الطلاق باتفاق الزوجين عند المسيحية. القوانين. القضاء (٦٤٢) الفقه. اختلاف شراح القانون حول جواز التفريق بالاتفاق. مايراه الدكتور اهاب اسماعيل (٦٤٣) رد الدكتور رفعت خفاجي (٦٤٤) مانراه في هذا الموضوع (٦٤٥)

الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية (٦٤٦)

الطلاق بالاتفاق في فرنسا. بلجيكا. الانفصال بالاتفاق في ايطاليا (٦٤٧) القانون السوفييتي (٦٤٨)

الباب الرابع : الطلاق بحكم القاضي (٦٤٩)

الفصل الاول : التفريق للعيوب والامراض

الفرع الثاني : نظرات سريعة في مواد التفريق للعلل والامراض في القوانين العربية (٧٠٩) من اين استمدت القوانين العربية هذه المواد (٧١١) ما اراه في هذا الموضوع خلافاً لما ذهب اليه شراح القانون ان مصدر هذه المواد هو المذهب الحنفي لا المالكي بالنسبة الى جميع القوانين التي اعطت هذا الحق للزوجة دون الزوج . ودليلي : ١ - ان القوانين العربية اعتبرت التفريق للعيوب طلاقاً بائناً وهذا من المذهب الحنفي خلافاً لبقية المذاهب ، ٢ - انها اعطت الحق للزوجة دون الزوج وهذا من المذهب الحنفي بينما في المذهب المالكي وغيره هو حق للزوجين ٣ - ان مذهب محمد من الحنفية هو المذهب الوحيد الذي لم يحصر العيوب الموجبة للتفريق كما ذهب اليه القانون (٧١٢) .

الفرع الثالث : الاجتهادات القضائية (٧١٣) ع م حصر العيوب . اذا طال العلاج جاز التفريق . السكوت عن العيب . سريان المرض للزوج الآخر (٧١٤) التفريق للعيوب الجنسية (٧١٥) اقتراح بتعديل القانون المصري وبقية القوانين المماثلة (٧١٦) .

الفرع الرابع : المواد التي نقترحها لقانون الاحوال الشخصية في التفريق للعلل والامراض (٧١٧) .

المبحث الثالث : التفريق للعيوب والامراض لدى اليهودية والمسيحية (٧١٨) .

الفرع الاول : التفريق للعيوب لدى اليهود . طائفة الربانيين (٧١٨) .
اولاً : عيوب الزوجة (٧١٩) ثانياً : عيوب الزوج (٧٢١) طائفة القرائين (٧٢٤) المقارنة في التفريق للعيوب والامراض بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية . أوجه الاتفاق . أوجه الخلاف (٧٢٧) .

الفرع الثاني : التفريق للعيوب والامراض في المسيحية (٧٢٩) .
الاقباط الارثوذكس . ما جاء في قانون ١٩٣٨ من مواد في التفريق

للزوج ليجرب نفسه قبل اقدامه على الطلاق (٧٥٣) المرحلة الثالثة : الضرب (٧٥٤) الضرب كما جاء في القرآن وكتب الفقه والحديث لا كما اشتهر على ألسنة اعداء الاسلام . رد شبهات حول ضرب الزوجة : ١ — ماهو الضرب (٧٥٥) ٢ – هل الضرب إلزامي (٧٥٦) ٣ – هل هو لكل النساء (٧٥٧) ٤ - هل الضرب عقوبة على الزوجة أم علاج (٧٥٨) الضرب في رأينا امر نظري لأن اكثر من لايجدي معهن الوعظ ولا الهجر لاينفع معهن ضرب ولا اذى . رأي لنا في ضرب الزوجات (٧٥٨) للزوجة حق طلب التفريق اذا ضربها زوجها ضرباً مؤلماً . كما لها ان ترفع امرها للقاضي تطلب معاقبة الزوج حسب قانون العقوبات (٧٥٩) المطلب الثاني : نشوز الزوج (٧٦٠) المطلب الثالث : الشقاق بين الزوجين لخطأ كل منهما (٧٦٢)

اولاً : نظام التحكيم . من المخاطب بقوله تعالى : فإن خفتم ...(٧٦٣) اقتراح بجعل بعث الحكمين واجباً في كل نزاع عند كل طلاق (٧٦٤) مهمة الحكمين (٧٦٦) ثانياً : التفريق للشقاق والخلاف فيه (٧٦٧) من قال بعدم التفريق للشقاق : الاحناف . الشافعية . الحنابلة (٧٦٨) الظاهرية . الجعفرية (٧٦٩) أدلة من قال بعدم التفريق (٧٧٠) من قال بالتفريق للشقاق والضرر (٧٧٢) المالكية . الحنابلة . الشافعية (٧٧٣) ادلة من قال بالتفريق (٧٧٤) رأينا في التفريق للشقاق بين الزوجين (٧٧٦) التفريق للضرر في المذهب المالكي (٧٧٧) ما نستخلصه من نصوص المالكية من مبادىء في التفريق للشقاق والضرر (٧٨٠) .

الفرع الثاني : التفريق للشقاق والضرر في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية (٧٨٢) لبنان . المغرب . تونس (٧٨٣) العراق (٧٨٤) مصر الاردن (٧٨٥) سوريا (٧٨٦) ملاحظاتنا على ما جاء في هذه القوانين (٧٨٧) .

المطلب الثاني : الاجتهادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

(٧٨٩) الضرر امر تقديري يخضع لرأي القاضي من الضرر سب الزوجة وابتزاز اموالها . (٧٩٠) استحكام الخلاف بين الزوجين سبب موجب للتفريق . الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول (٧٩٠) الشروع بقتل الزوجة يعتبر ضرراً مسوغاً للتفريق . الطلاق للضرر المعنوي (٧٩٢) من الضرر اتهام الزوجة بالزنا ، هل يعتبر فسق الزوج ضرراً يجيز التفريق (٧٩٣) التفريق لهجر الزوج زوجته (٧٩٤) تفريق الحكمين ان كان الضرر من الزوج (٧٩٥) هل يعتبر تعدد الزوجات ضرراً يبيح للزوجة طلب التفريق لاجله (٧٩٦) رأينا في الموضوع . اختلاف الحكم بين الزوجين (٧٩٧) بالنسبة للزوجة الاولى : لها حق اشتراط عدم التزوج عليها فاذا خالف الزوج ما التزم به كان لها حق طلب التفريق . اما اذا لم تشترط وحصل لها ضرر التعدد فلها هذا الحق . فالتعدد في حد ذاته ليس ضرراً في ذاته (٧٩٧) بالنسبة للزوجة الثانية : اذا علمت حين الزواج انه متزوج فلا خيار لها . اما اذا لم تعلم فلها حق طلب الفسخ للتغرير بها ولانها تزوجته على شرط ملحوظ انه غير متزوج (٧٩٨) ماجاء في القانون المغربي من حق الزوجة في ان تشترط عدم التزوج عليها (٧٩٩) .

المطلب الثالث : مانقترحه من مواد في هذا الموضوع (٨٠٠)

الفرع الثالث : التفريق للغيبة او للسجن (٨٠١)

المطلب الاول : آراء المذاهب : الاحناف ، الشافعية (٨٠٢) الظاهرية ، الزيدية الجعفرية (٨٠٢) الحنابلة (٨٠٤) .

المطلب الثاني : قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية لبنان ، العراق (٨٠٦) الاردن ، تونس ، مصر ، المغرب (٨٠٧) سوريا . ملاحظتنا على ما ذهبت اليه هذه القوانين (٨٠٨) .

الفصل الثالث التفريق للاعسار بين الزوجين (٨٣٧)

الفرع الثالث : شروط وجوب اللعان (٨٨٩) ادلة من قال ان اللعان شهادة ادلة من قال ان اللعان يمين (٨٩١) اهلية الزوجة في اللعان . هل يصح اللعان من الزوجة الصغيرة او المجنونة (٨٩٣) اللعان قبل الدخول (٨٩٤)

الفرع الرابع : اذا ابى احد الزوجين اللعان (٨٩٥) مذهب الجمهور : اي من الزوجين رفض اللعان اقيم عليه الحد (٨٩٥) ادلة الجمهور (٨٩٦) مذهب الاحناف : لا يقام الحد على من نكل عن اللعان الا انه يحبس . ادلة الاحناف والرد على الجمهور (٨٩٧) ماتراه في الترجيح بين الرأيين . ماذهب اليه الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ان الزوجة اذا امتنعت عن اللعان حبست وان صدقته اقيم عليه الحد . تحرير هذا النقل . خطأ مانقل عن متن القدوري في هذا الموضوع وما تناقلته المؤلفات الحديثة (٨٩٨) ماجاء في الجوهرة . وفتح القدير . وملتقى الابحر ومجمع الانهر ومتن الكنز والمبسوط وكلها تجمع على ان من صدقت زوجها باللعان فلا تحد مالم تقر بالزنا ولكن يبطل اللعان (٨٩٩) مانقله ابن عابدين عن الكافي ماتراه في الخلاف في هذه النقولات (٩٠٠)

الفرع الخامس : آثار اللعان . الفرقة بين الزوجين (٩٠١)

١ ـ مذهب من قال ان الفرقة تقع بحكم الحاكم بعد اللعان (٩٠٢)

ادلة القائلين بهذا المذهب (٩٠٣) الرد على الشافعي (٩٠٤) الرد على الاحناف (٩٠٥)

٢ ـ ادلة القائلين بأن الفرقة تقع باللعان ولا تحتاج الى قضاء الحاكم (٩٠٦) مناقشة المخالفين (٩٠٧)

٣ ـ ادلة القائلين بان اللعان لايوجب التفريق .

هل التفرقة باللعان فسخ ام طلاق (٩٠٩) التحريم المؤبد او الموقت (٩١٠) من قال بالتحريم المؤبد . حجة هذا المذهب (٩١١) من قال بالتحريم الموقت (٩١٣) . رأينا في الخلاف بين المذهبين (٩١٥)

الفصل الرابع : الفرقة بتغيير الدين (٩٨٢)

المبحث الاول : اثر تغيير دين احد الزوجين على الزواج في الشريعة الاسلامية (٩٨٤)

الفرع الاول : ردة احد الزوجين (٩٨٤) -١- اذا ارتد الزوج -٢- اذا ارتدت الزوجة (٩٨٥) ٣ - اذا ارتد الزوجان معاً (٩٨٦) نوع الفرقة التي تقع بالردة (٩٩١)

الفرع الثاني : اسلام احد الزوجين (٩٩٢) -١- اذا اسلم الزوجان معاً او اسلم الزوج وكانت زوجته كتابيه (٩٩٣)

الاجتهادات القضائية : الفرقة لتغيير الدين طلاق وليس بفسخ . لا تقع الفرقة بنفس الاسلام اذا اسلم الزوج فلا فرقة (١٠٠٠)

اذا ابى الزوج الاسلام فرق بينهما (١٠٠١) مايعتبر به المرء مسلماً (١٠٠٢) ماذهب اليه الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة . مايطالب به الاستاذ حلمي بطرس (١٠٠٢) ماذكره الدكتور احمد سلامه . مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد (١٠٠٣) نصوص الفقهاء في ان العبرة في الاسلام للظاهر لا للباطن . مناقشة جميع الآراء السالفة وتوجيهنا ان القاضي لا يحق له ان ينظر الى البواعث على الاسلام بل عليه الحكم بالظاهر (١٠٠٥) ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية وما خالفها من آراء (١٠٠٦) ماذا وراء البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين (١٠٠٧) -١- الحيلولة دون الغش والاحتيال في اسلام احد الزوجين (١٠٠٧) يمكن علاج ذلك بتطبيق احكام الشريعة الاسلامية على المرتد ، فالمسيحي مثلاً اذا اراد ان يسلم للغش حتى اذا تم له ما اراد عاد الى دينه يفكر في تطبيق احكام المرتدين عليه فلا يقدم إلا عن عقيدة وإلا حرم من حقوقه وحجر على تصرفاته . واما القتل فلا يطبق لتعطيل هذا الحكم (١٠٠٨) -٢- عدم الحاق الضرر بالزوج الآخر . يمكن علاج

من آثار المؤلف :

المصالح المرسلة في الفقه الاسلامي .

اثر العرف والعادة في التشريع الاسلامي .

تحت الطبع :

فلسفة الميراث وتصفية التركات بين الفقه والقانون .

كلمة شكر

اتقدم بجزيل الشكر وعظيم التقدير الى استاذي الكبير **الدكتور احمد السمان** رئيس جامعة دمشق لما منحني به من تشجيع ومعونة ولما قدم لي من تسهيلات في سبيل اخراج هذا الكتاب باسرع وقت ممكن .

كما واني اشكر السيد مدير مطبعة جامعة دمشق وجميع القائمين على العمل فيها ، وأخص بالذكر اولئك العمال الجنود المجهولين الذين ساهموا في طبع هذا الكتاب واخراجه قريباً من الكمال .

وفقنا الله جميعاً لما فيه الخير .

المؤلف

هذا الكتاب

- « اول بحث يعالج نظام الطلاق في الاسلام في موضوع مستقل »
- « دراسة مقارنة محررة في المذاهب الاسلامية الثمانية مع ردها الى اصولها من القرآن والسنة واقوال الصحابة »
- « مقارنة الشريعة الاسلامية بغيرها من الشرائع والنظم »
- « تحليل لأهم المبادىء القضائية فى هذا الموضوع »
- « رد شبهات حول الطلاق في الشريعة الاسلامية »
- « اقتراح الحلول العملية لتقييد حق الرجل في الطلاق وابراز مدى ما تتمتع به الزوجة من ممارسة هذا الحق »
- « احصاء علمي دقيق عن نسبة الطلاق في البلاد العربية وبيان اسبابها وطرق علاجها »

